جـــامـــعـــة الجـــزائـــر
معـــهد الحقـــوق و العلـــوم الاداريـــة

الابـــــراء مـــن الالـــــتـــــزام في القانـــون المـــدني الجـزائـــري
- دراسة مقارنة -

بـــحـــث

لنيل ديبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية

مقدم من الطالب :
صـــالـــح كـــردالي

تحت إشراف
الدكتور محمـــد حســـنـــين

الدكتور _____ رئيسا
الدكتور _____ مقررا
الدكتور _____ عضوا

السنة الدراسية 86 - 87

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

مقدمة :

ان الالتزام الذى نعنيه في بحثنا هذا وحسب المعنى الفني الذى تربي الى التعبير عنه القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائرى هو ذلك الالتزام الذى يمثل الحق الشخصي أو حق الدائنية باعتباره حقا في ذمة الدائن ودين في ذمة المدين وعليه فاننا نستبعد من مقصودنا الواجبات التي لاتدخل في مضمون هذا المعنى لأنها لاتعتبر التزامات بالمعنى الفني لهذا المصطلح ، وينشأ الالتزام من مصادر متنوعة هي العقد والعمل المستحق للتعويض والقانون والارادة المنفردة ، ومتى نشأ الالتزام ثبت للدائن الحق في اقتضاء موضوعه وتعين على المدين الوفاء به ، فاذا امتنع عن الوفاء كان للدائن أن يجبره على القيام به وتنفيذ التزامه عينا اذا أمكن ذلك ، كما أن للدائن أن يطالب المدين بالتعويض عما قد يصيبه من ضرر بسبب عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه وله الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يحافظ على أموال مدينه باعتبارها ضمانا عاما للوفاء بما عليه من ديون .

والالتزام أو الحق الشخصي لابد وأن ينقضي اذ لايجوز أن يظل المدين ملتزما الى الأبد لأن هذا يتعارض مع ما يسمى بالحرية الشخصية ، والالتزام أصلا ينقضي بالوفاء وهو الطريق الطبيعي المألوف في هذا الصدد اذ به يقوم المدين بأداء ما عليه من التزام نحو الدائن ، غير أن الالتزام قد ينقضي بمقابل وليس بالوفاء عينا اذ على الدائن أن يقبل استيفاء حقه شيئا آخر يقدمه له المدين عوضا عن الشئ المستحق أصلا اذا كان ذلك الشئ غير ممكن .

وتوجد أسباب أخرى ينقضي بها الالتزام أيضا نجملها فيما يلي :

1) التجديد : وهو عبارة عن اتفاق يتضمن استبدال دين جديد بدين قديم وعليه فان التجديد ذو شقين فهو سبب من أسباب انقضاء الالتزام القديم وفي ذات الوقت سبب من أسباب انشاء الالتزام بالنسبة للالتزام الجديد المادة 278 ق.م.ج .

2) المقاصة : وهي طريق من طرق انقضاء الالتزام وتتحقق متى وجد دينان

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وكان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء وصالحا للمطالبة به قضاء المادة : 297 ق . م . ج

3) اتحاد الذمة : وتعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزام وتتمثل في اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد المادة: 304 ق . م . ج .

وهكذا فان الدائن في الحالات السالفة الذكر ينقضي حقه ولكن بمقابل حصوله على شيئ من الدين سواء كان عينا أو تعويضا .

غير أن هناك نوع آخر من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به سواء عينا أو بما يعادل الوفاء أى أن الدائن ينقضي حقه دون أن يحصل عليه أو على ما يعادله ويكون ذلك في الحالات الآتية :

1) الابراء ويتم بنزول الدائن عن حقه مختارا دون مقابل المادة 305 ق . م . ج .

2) استحالة التنفيذ : ويتحقق ذلك اذا كان الوفاء مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فيستحيل تنفيذ الالتزام عينا أو عن طريق التعويض فينقضي الالتزام دون أن يأخذ الدائن شيئا من أصل حقه م 307 ق . م . ج .

3) التقادم المسقط : ويعتبر أيضا سببا من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به وهو عبارة عن مضي فترة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة اذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه المادة : 308 ق . م . ج .

هذا هو بوجه عام هي أسباب انقضاء الالتزام في القانون المدني وحتى في الشريعة الاسلامية اذا ما استثنينا التقادم اذ أن مضي الزمن لا يعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزام ولا سببا من أسباب كسب الملكية في الشريعة الاسلامية لأن الحق في الفقه الاسلامي قديم لا يسقطه التقادم أو مرور الزمان (1) .

---

(1) يستثنى من ذلك ما قاله بعض الفقهاء بالنسبة لمن استولى على أرض موات وبعد احيائها تركت حتى عادت غير صالحة للانتفاع بها فانهم قالوا ان ذلك الترك والاهمال مسقط لحقه فيها وتعود مواتا كما كانت وأما الذي يسقط بالاسقاط فهو الحق في المطالبة أى عدم سماع الدعوى والادعاء بعد مضي خمسة عشرة سنة . أنظر في هذا المعنى درالمختار لابن عابدين ج : 04 ص: 356 طبعة 1325 هـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وعليه فالدين يكون طبقا للفقه الاسلامي باقية في الذمة حتى يتم انقضاؤها بأحد أسباب الانقضاء التي هي الوفاء والمقاصة واستحالة التنفيذ والتجديد واتحاد الذمة والابراء .

وكما يبدو من خلال عرضنا لأسباب انقضاء الالتزام فانه موضوع له أهميته ومكانته في النظرية العامة للالتزام فهو يحتاج الى شيء من البحث والدراسة ونظرا لطول هذا الموضوع وعرضه فاننا قد اخترنا من بين أسباب الانقضاء موضوع الابراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري ، اذ أن هذا الأخير يعتبر حديث النشأة فهو يحتاج الى دراسة وتحليل حتى يظهر جليا للدارسين أن له ذاتيته وخصائصه كما يمكن للقراء بصفة عامة ولرجال القانون بصفة خاصة الوقوف على ايجابياته وسلبياته وهذا بحكم استفادته من تجارب الآخرين ولا سيما منها فرنسا ومصر وبحكم هذه العوامل فان القانون المدني الجزائري لا يخلو بدون شك من ثغرات وتناقضات وغموض في بعض الأحيان مما يستوجب علينا نحن رجال القانون أن نستجلي الأمر ونحاول الوقوف على كل نقطة ومحاولة تبيانها وهذا ما نستتبعه في بحثنا هذا ان شاء الله والذي حدا بنا لاختيار هذا الموضوع من بين أسباب انقضاء الالتزام هي الأهمية النظرية والعملية لهذا الموضوع نستطيع تحديدها في طرح الأسئلة الآتية :

1) ما هي الطبيعة القانونية للابراء .

2) ما هو نطاق تطبيقه أو بعبارة أخرى هل هو يشمل جميع الالتزامات أم هو مقتصر على بعض الالتزامات دون الأخرى .

3) ما قيمته العملية كسبب من أسباب انقضاء الالتزام وللاجابة على هذه الأسئلة وأسئلة أخرى يمكن أن تطرح نفسها خلال هذه الدراسة اخترنا هذا الموضوع تحت عنوان : الابراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري .

وهي دراسة مقارنة بمختلف القوانين الأخرى وبالشريعة الاسلامية باعتبارها احدى الينابيع الرئيسية التي استقى منها المشرع الجزائري أحكام الابراء اذ أن فقهاءها قد أجادت قرائحهم بأفكار وأحكام لا وجود لها في القانون الوضعي ولا لدى فقهاء القوانين الوضعية .

من أجل هذا كله فقد اتجهنا الى دراسة هذا الموضوع محاولين جمع شتاته وذلك بالرجوع الى أمهات كتب الفقهاء في المذاهب وهذا للوقوف على حقيقة الأمر من حيث المفهوم والشروط والأحكام .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وللوصول الى هذه النتيجة فقد تناولنا هذا الموضوع حسب الخطة التالية :

قسمنا بحثنا الى بابين رئيسيين وخاتمة وهذا كما يلي :

الباب الأول : تناولنا فيه مفهوم الإبراء ونطاقه ، وقسمناه بدوره الى فصلين :

الفصل الأول : تناول مفهوم الابراء بوجه عام .

الفصل الثاني : تناول نطاق الابراء .

الباب الثاني : تناولنا فيه شروط الابراء وأحكامه وقسمناه بدوره الى فصلين :

تناولنا في الفصل الأول : شروط الابراء .

وتناولنا في الفصل الثاني : أحكام الابراء .

أما الخاتمة فقد أجزنا فيها أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع مع الاشارة الى بعض الاقتراحات التي ارتأينا بأنه من المفيد ذكرها .

وفي الأخير لا يسعني الاّ أن أشكر كل من ساهم في انجاح هذا البحث سواء من بعيد أو من قريب ولا سيما أستاذي الفاضل الدكتور محمد حسنين أمد الله في عمره حتى يبقى نبراسا مضيئا لطلاب العلم اذ واكب بحثنا طيلة المدة التي استغرقتها هذه الدراسة فرغم انشغالاته والتزاماته الكثيرة فلم يبخل علينا بآرائه وأفكاره التي زادت لنا في انارة هذا البحث وتوضيحه فأزال بذلك كل الغموض والالتباسات التي كانت تصادفنا ونحن نقوم بانجاز هذا البحث

نسأل الله التوفيق

02 فيفري 1986 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الهـــــاب الأول
مفهـــــوم الابـــــراء ونطـــــاقـــه

بغيـــة الوصول الى تعـــريف الابـــراء تعريفـــا دقيقـــا وشاملا ، وتمهيدا لتحديـــد مفهـــومه من حيـــث تمييـــزه عمـــا قد يشتبـــه بـــه من تصـــرفات قانونـــية أخرى ، وللوقـــوف على طبيعـــته القانـــونية وأنـــواعه المختلفـــة ارتأينـــا أن نتناول هذه الدراســـة فـــي فصـــل أول بحيث نقسمـــه الى مبـــاحث ومطـــالب وفـــروع وبعد أن ننتهي من كل هـــذه المســـائـــل نتنـــاول نطـــاق الابـــراء الذى يـــدور حول ما يقبل الابراء وما لا يقبلـــه ويكون كل ذلك في فصـــل ثـــان حيـــث نقسمـــه بـــدوره الـــى مبحثيـــن ومطـــالب وفـــروع وهذا حسب ما تقتضيـــــه منهجيـــة البحث العلمي .

الفصـــل الأول .

الابـــراء بوجـــه عـــام .

المبحـــث الأول .

تعريف وتمهيـــد .

المطلب الأول

تعـــريف الابراء .

المقصـــود بكلمـــة الابـــراء ـ

لمعـــرفة كلمـــة الابـــراء بالتدقيق نـــرى بـــأنه يجب علينا أن نتعرض الى مـــا ترمي اليـــه هـــذه الكلمـــة ســـواء مـــن الناحيـــة اللغـــوية أو الاصطـــلاحيـــة أو مـــن ناحيـــــة مـــدلول القانون المدني .

الفـــــــــرع الأول
معنى الابـــراء لغـــة واصطـــلاحـــا

1) الابـــراء في اللغـــة :

ان الابـــراء في اللغـــة يفيـــد عـــدة معـــاني ومســـالك وهذا حسب ما يقصد بـــه في الجملـــة ، ولقد جاء في المعجـــم الوسيط (1) مايلي:

(أبـــرأ اللـــه المـــريض شفـــاه ، وأبـــرأ فـــلان فلانـــا من حـــق له عليه خلصه منـــه وبـــارأ شريكـــه مبـــارأة وبـــراء فاصلـــه وفـــارقه ، ويقـــال بـــارأ الرجـــل زوجتـــه صـــالحهـــا علـــى الفـــراق ، وبـــرأه مـــن كـــذا أبـــرأه مـــن العيـــب أو الذنـــب قضى ببراءته منه ، وفـــي التنزيـــل فبـــرأه اللـــه ممـــا قـــالوا .

(1) المعجم الوسيط : ج 1 . ص: 45 طبعـــة 960 هـ باب الباء مع الراء والهمـــزة .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وتبرأ من كذا تخلص وتخلى عنه ، وفي الكتاب العزيز ((اذ تبرأ الذين اتبعوا من الذين أتبعوا)) .

والبراءة بمعنى الاعذار والانذار ومنه قوله تعالى في محكم تنزيله ((براءة من الله ورسوله)) .

وجاء في المصباح المنير (1) برئ زيد من دينه من باب تعب براءة سقط عنه طلبه فهو برئ .

وجاء في مختار الصحاح (2) برئ منه ومن الدين من باب سلم ، وبرئ من المرض وبرأ الله الخلق من باب قطع فهو البارئ ، وأبرأه من الدين ، وبرأه تبرئة . وتبرأ من كذا فهو برأ منه .

2) **الابراء في الاصطلاح :**

الابراء في الاصطلاح هو اسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر ، فمثلا اذا كان لمحمد دين في ذمة علي وأبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم أي المدين ، وان ردّ ذلك فلم يقبله ، وكما يرى جانب من الفقه الاسلامي فانه لا يفترض فيه قبولا لأنه اسقاط كاسقاط القصاص والشفعة وحدّ القذف وكالعتق والطلاق .

وان قال تصدقت به عليك صح لأن الابراء ورد في القرآن الكريم بلفظ الصدقة اذ قال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله ((وديه مسلمة الى أهله الا أن تصدقوا)) (3)

وان قال عفوت لك صح ذلك لأن الله تعالى يقول في محكم تنزيله ((الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح)) (4) .

وان قال اسقطته عنك صح لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له وان قال ملكتك اياه صح لأنه بمنزلة هبته اياه . (5) .

وقد يكون الابراء في صورة وصية كأن يقول الدائن لمدينه أوصيت لك بما في ذمتك من دين ، فلا تبرأ بذلك الا بعد وفاته أي وفاة الدائن ، وقد يكون كذلك

---

(1) المصباح المنير : ج 1 ص: 26 باب الباء مع الراء بدون تاريخ .

(2) مختار الصحاح : ص: 45 الباء والراء والهمزة بدون تاريخ .

(3) سورة النساء : آية رقم 62 .

(4) سورة البقرة : آية رقم 37 .

(5) أنظر في هذا المعنى المغني لابن قدامة ج 5 ص: 599 طبعة 1347هـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

في صورة هبة كأن يقول الدائن لمدينه هبتك مافي ذمتك من دين (1) .

وقد جاء في تعريف الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم للابراء مايلي: ((الابراء هو اسقاط الدين عن المدين أي اخلاء ذمته منه فمحله دائما هو الدين وأما الأعيان التي لا تتعلق بالذمة فهي ليست محلا للابراء (2) .

كما جاء في فقه الاباضية مايلي: ويتم الابراء بكل ما يدل عليه كأن يقول تصدقت بالدين أو وهبته أو يقول الدائن للمدين أنت في حلّ منه أو بريء منه أو تركته لك أو ليس ذلك دينا عليك أو تركته زكاة أو في حق من حقوق الله كان كل ذلك في فقه الاباضية داخلا في معنى الابراء(3) .

ونخلص من كل ما تقدم فيما يتعلق بتعريف الابراء اصطلاحا أنه في هذا المعنى يفيد الحل والترك والاسقاط والاحلال والتحليل والعفو والوضع وبذلك فهو لا يشترط القبول في كل منها (4) .

كما يتضح أيضا بأنه نوع من الاسقاط ، فالاسقاط كما يتم باسقاط الدين الذى تشغل به ذمة المدين يكون أيضا حق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة أحد ومثل ذلك اسقاط الشفيع حقه في الشفعة ، وعلى هذا يمكننا القول بأن كل ابراء يعتبر اسقاطا وليس كل اسقاط ابراء .

---

(1) نصت مجلة الأحكام العدلية طبعة 1968 في المادة 1561 على مايلي :

((اذا قال أحد ليس لي في ذمة فلان دعوى ولا نزاع أو ليس لي عند فلان حق أو فرغت من دعواى التي هي مع فلان أو تركتها ، أوأما بقي لي عنده حق أو استوفيت حقي من فلان بالتمام فيكون قد أبرأه)) .

كما جاء في مجلة الأحكام الشرعية الطبعة 1961 المادة 1655 مايلي :

((الابراء من الدين يصح بلفظه وبما يؤدى معناه فلو قال أسقطته أو تركته أو تصدقت به أو وهبته أو أنت في حلّ منه صح وبرئ للمدين منه)) .

(2) الأستاذ المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم بحث منشور لمجلة القانون والاقتصاد تحت عنوان التزام التبرعات العدد الثاني السنة الثالثة شوال 1351هـ ، 1933م ص: 239 .

(3) أنظر في هذا المعنى النيل وشفاء العليل : ج 4: ص 682 ، 686 . ضياء الدين عبد العزيز طبعة 1344هـ .

(4) أنظر في هذا المعنى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير لزكريا الأنصارى ج : 02 ص: 07 بدون تاريخ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الثـــاني
تعريف الابـراء في القـانون المـدنـي

ان تعريف الابراء في القانون المدني يتطلب منا أن نتعرض لمختلف التعريفات التي أتت بها القوانين المدنية ولاسيما منها القانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصرى باعتبارهما رائدى القوانين اللاتينية أما الأول فهو يمثل المدرسة اللاتينية الأوربية وأما الثاني فيمثل المدرسة اللاتينية في العالم العربي اذ أن أغلب القوانين العربية قد نقلت قوانينها المدنية عن القانون المدني المصرى ومن بين هذه القوانين القانون المدني الجزائرى . وعليه فسنقوم بدراسة التعاريف المختلفة للابراء في ظل كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصرى القديم والحديث والقانون اللبناني والعراقي وفي كل القوانين التي يمكن أن نعثر عليها وذلك قبل أن ندرس تعريف القانون المدني الجزائرى للابراء دون أن ننسى الاشارة الى موقف الشريعة الاسلامية في هذا الصدد .

أ ـ تعريف الابراء في القانون المدني الفرنسي

ينقضي الالتزام بالابراء بدون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يقابل هذا الحق ويتم كل ذلك برضاه ، وهكذا يكون الدائن قد قبل بهذا الانقضاء من غير أن يحصل على شيء من مدينه وعليه فاذا أردنا أن نعرف الابراء فاننا نستطيع أن نقول :

ان الابراء هو نزول الدائن عن حقه تجاه المدين بدون مقابل ، وبالتالي فهو عمل من أعمال التبرع ، وبذلك فهو يختلف عن الأسباب الأخرى التي ينقضي بها الالتزام أيضا واذا أردنا أن نقارن الابراء بصلته صورة من الصور التي ينقضي بها الالتزام مع غيره من الحالات التي ينقضي بها الالتزام كذلك فنقول من حيث الوفاء أن الدائن في هذه الصورة من الانقضاء يكون قد استوفى عين حقه اذا كان ذلك وفاء عينيا واذا استوفى مقابلا لحقه كان هذا الوفاء بمقابل، ومن قبل الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء أيضا مايلي:

التجديد والمقاصة واتحاد الذمة وتعتبر هذه الحالات كلها وقائع مادية حيث يتحصل فيها الدائن على ما يقابل انقضاء التزام المدين (1) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهورى في كتابه الوسيط ج : 3 فقرة : 576 ص : 962 طبعة 1958 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الابراء فينقضي به الالتزام دون أن يحصل الدائن على شيء من أصل الدين وهذا برضاه المادة (305ق.م.ج) وهناك صورة أخرى لانقضاء التزام المدين دون أن يأخذ الدائن شيئا أيضا من أصل الدين ولكنها تختلف عن الابراء في كون هذه الحالات لا يكون الدائن حرّا في ذلك اذ يكون هذا الانقضاء مفروضا على ارادته ومن هذه الصورة استحالة التنفيذ والتقادم المسقط ، ففي استحالة التنفيذ يكون الدائن مضطرا الى عدم استيفاء حقه(1) أما في حالة التقادم المسقط (2) فالقانون هو الذى يمنعه من المطالبة به ، واذا رجعنا الى التقنين المدني الفرنسي فنجد أن المشرع الفرنسي قد اعتبر الابراء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به اذ يتنازل الدائن فيه عن حقه للمدين دون مقابل .

وقد نظمت أحكام الابراء في القانون المدني الفرنسي المواد :1282 الى 1288 واعتبرته اتفاقا يتم بين الدائن والمدين اذ عرفته المادتان:1285 و 1287 بقولهما انه اعفاء اتفاقي .

كما اعتبره المشرع الألماني وهو من التشريعات الجرمانية اتفاق اذ نصت المادة : 1397 من هذا القانون على مايلي:

((ان الابراء اتفاق لا ينعقد بارادة واحدة)) (3) .

---

(1) يعود سبب استحالة تنفيذ المدين لالتزامه لسبب أجنبي لا يمكنه مقاومته ولا دفعه ولا توقعه كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير وهذا ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائرى بقولها: ((اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك)) .
أنظر في هذا المعنى كتاب الالتزامات والمسؤولية المدنية للدكتور نور الدين تركي طبعة 1982 ص : 250.

(2) لقد نصت المادة : 308 ق.م.ج بقولها مايلي: ((يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص)) .
ومفهوم هذا النص ان عدم المطالبة بالحق من طرف الدائن طوال المدة التي يقررها القانون سواء كان بالتقادم الطويل وهو خمسة عشرة سنة أو التقادم القصير وهو تقادم خاص ببعض الحالات التي نص عليها القانون فان المدين يستطيع أن يدفع بتقادم الحق وسقوطه اذ أما طالبه الدائن الوفاء به أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى طبعة : 1983 ص: 370.

(3) أنظر في هذا المعنى الوسيط للدكتور أحمد عبد الرزاق السنهورى ج 03 المرجع السابق ص: 565 هامش رقم 01.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهـذا أيضـا ما نص عليه قـانون الالـتزامات السـويسرى ، وهكذا نجد أن الابـراء في القوانين الجرمـانية يعتبـر اتفـاق لا ينعقد بارادة واحدة شـأنه في ذلك شأن القوانين اللاّتنيـة وعليـه فاننـا نستطيع أن نقـول أن الابـراء في الفقـه الغربي وتشريعاته سـواء منها اللاتنيـة أو الجرمـانية يعتبـر عقد أى اتفـاق كباقي العقـود الأخرى يجب لنشوئـه ارتبـاط الايجاب بالقبول وهذا وفقا للقواعد العامـة وبالتالي يكون للابراء معـنى التنـازل الاتفاقي عن الدين (1) .

---

(1) أنظر في هذا المعـنى عبد المجيد الحكيم في كتابه الموجز في شرح القـانون المـدني العراقي في أحكام الالتزام الطبعة الثالثة 1377 هـ ، 1977م ص: 97.
أنظر في هذا المعنى أيضا كولان وكابيتان في حقيقة الابراء وطبيعته ج 2 فقرة 579، 581 ط 1959
أنظر أيضا اليكس ويـل ALEIX WEIL في كتابه شرح الالتزامات في القانون المدني الفرنسي طبعة 1970 فقـرة : 1056 ص: 74.
أنظر أيضا هنرى وليون مازو وجـان مازو في كتابهم الالتزامات والأمـوال طبعة: 1966 فقـرة 1195 ص: 990.
أنظر أيضا الأستاذ كاربونيه في كتابه الأموال والالتزامات في القانون المدني الفرنسي ج : 02 طبعة : 1962 فقـرة 220 ص: 776.
الذى عرف الابراء بقوله: ((ان الابراء اتفاق يمقتضاه يتنازل الدائن عن دينه للمدين)) .
أنظر أيضا في معنى الابراء الأساتذة بلانيول وريبير واسمان ج: 7 فقرة: 1303 ص: 14 بدون تاريخ حيث يفرقون ما بين الابراء كاتفاق يتم بين الدائن والمدين والابـراء الـذى يتـم بقيـام الدائن باختيـاره بتسليم سند الدين للمدين . ٤٢٠٤٢٨
وانظر كذلك د يمولومب ج : 8 فقرة 37 حيث يعـرف الابراء بأنـه تنـازل اتفاقي لابد لاتمامه من توافـق ارادتي الدائن والمـدين . فاذا صدر الايجاب من الدائـن لابد من قبول المدين حتى يتم الابـراء شأنه في ذلك شـأن أى اتفـاق آخـر واذا لم يقبل المدين الايجـاب بالابراء فانه لا يتم ولا ينقضي الالتزام الاّ اذا انقضت مدة التقادم المقررة دون أن يطالب الدائن كما يقرر الأستاذ فليب ملنيفـان PHILIPPE MALINWAND في كـتابه النظـام القـانـوني للعلاقـات الاقتصادية LE Mécanisme juridique des relations Economiques طبعة 1970 فقـرة 233 ص: 220 بقـوله : أن الابـراء تصرف قـانـوني وقـد يتـم نتيجـة عمـل مـادى كمـا فـي حـالة تسليم سنـد الـدين الـذى يعتبـر قرينـة علـى ابـراء المـدين .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وصورة تمام الابراء يكون بعدة صور فيكون بطريق الوصية في هذه الصورة يعتبر الابراء كتصرف انفرادي صادر من جانب صاحب الحق ولا يتم الا بعد وفاة الموصي دون أن يرجع في وصيته كما أن الابراء يتم عادة وكقاعدة عامة بدون عوض فهو من أعمال التبرع ، الاّ أنه ليس هناك ما يمنع كما يرى بعض الفقهاء (1) من أن يتم بعوض أو بمقابل يفرضه الدائن على المدين كأن يشترط الدائن على المدين أن يبيع له شيئا معينا مقابل ابراؤه من الدين الذي هو عليه . الاّ أنه يؤخذ على هذا الرأي بأنه في حالة ابراء الدائن لمدينه بمقابل فاننا لا نكون أمام ابراء بل نكون أمام وفاء (2) بمقابل أو تجديد للدين بتغيير المحل أو مقاصة حسب ما اذا كان مقابل النزول شيئا آخر تم الوفاء به أو تعهد المدين بالوفاء به أو دينا في ذمته أما الابراء كما سبق وأن ذكرنا من قبل فانه يعتبر عملا من أعمال التبرع وهذا يصريح النصوص القانونية وهذا ما نصت عليه المادة : 306 ق . م . ج وكذلك المادة: 372 ق . م . م وغيرهم من القوانين الأخرى ولذلك وجب لقيامه أن ينتفي المقابل وأن يتم النزول بقصد التبرع ونحن من جانبنا نميل الى هذا الرأي الأخير الذي يجعل من الابراء عملا تبرعيا في جميع الحالات .

ومن الصور الأخرى التي يتم بها الابراء أيضا حالة اضطرار الدائنون الى ابراء المدين المفلس مما لهم قبله من دين حماية لمصالحهم وانقاذا للجزء الباقي من الدين . وهذا ما يسمى بالابراء التجاري والذي سنعود لدراسته بالتفصيل فيما بعد .

وكنتيجة لقولنا بأن الابراء في القانون المدني الفرنسي والقوانين الأخرى التي تعايره في جعل الابراء اتفاق بين الدائن والمدين على انقضاء الالتزام بدون مقابل نرى بأنه يتحتم علينا تأصيل الأساس الذي بنى عليه الفقه والتشريع الفرنسي هذا النظام وكذلك معرفة النتائج التي تترتب على هذا النظام أي نظام جعل الابراء عقد لا يتم الاّ بالايجاب والقبول كما هو موجود في القواعد العامة .

ان الأساس الذي بنى عليه الفقه الفرنسي بل وحتى الفقه الجرماني يعود في واقع أصله الى تصوير تقليدي روماني ومفاد هذا التصوير التقليدي يتمثل في كون القانون الروماني كان يعتبر الابراء تصرفا قانونيا صادرا من الجانبين . وعلة ذلك عندهم ترجع الى نشوء الالتزام في حدّ ذاته

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ جوسران في كتابه الالتزامات ج : 2 ص 951 بدون تاريخ .

(2) أنظر في هذا المعنى ما سبق أن ذكرناه في هذا الكتاب ص: 07 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اذ أن القانون الروماني كان يعتبر الالتزام لاينشأ الا بوجود رابطة تجمع الدائن والمدين ولا تنفك هذه الرابطة الا بارادتهما المشتركة (1) فهو يتطلب اذا توافق ارادتي الدائن والمدين ويجب أن تكون هذه الارادة خالية من العيوب كما سنرى فيما بعد .

وهكذا يمكننا القول بأن الابراء قديما وفي ظل القانون الروماني كان يعتبر اتفاق بين الدائن والمدين ولا يتم بارادة منفردة وعن هذا المفهوم ورث القانون الفرنسي وغيره من القوانين الأوروبية وحتى الجرمانية منها أحكام الابراء كما تأثر به الفقه الأوروبي واعتبر الابراء اتفاق (2) لا يتم الا بتطابق الايجاب والقبول وهذا طبقا للقواعد العامة كما ذكرنا سابقا .

أما بالنسبة للنتائج التي تترتب على كون الابراء في القانون الفرنسي والقوانين الأخرى التي حدت حدوه اتفاقا هي كما يلي :

1) ان الابراء اتفاقا وليس تصرفا صادرا بارادة منفردة كالوصية فهو يفترض اتفاق ارادتي الدائن والمدين .

2) ان الابراء تصرف على سبيل التبرع فهو تنازل بدون عوض وهو وان كان يعتبر هبة غير مباشرة الأنه لا يخضع للقواعد الشكلية التي تخضع لها الهبة (3) .

3) ان الأهلية اللازمة لاجراء الابراء هي أهلية التبرع وبذلك فلا يستطيع القاصر اجراءه لأنه لا يملك التبرع في ماله .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام الطبعة الأولى لعام 1396هـ ، 1976 م ص: 18 .

أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في أحكام الالتزام فقرة 310 ص: 474 .

(2) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 08

(3) أنظر في هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لاموراندييير في كتابهم الالتزامات ج 02 طبعة 1959 فقرة 1577 ص: 881 ، وقد جاء فيه على الخصوص ما يلي :

la remise des dettes constitue une libérelité indirecte et échappe aux régles de la forme des Sommations.

وأنظر أيضا هنرى وليون مازو وجان مازو في كتابهم الالتزامات والأموال طبعة 1966 ج 2 فقرة : 1195 ص: 990 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

4) يجوز الرجوع في الابراء ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع ويتم الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وفقا لقواعد الرجوع في الهبة التي نصت عليها المادتان : 500 ، 501 ق.م.م (1) والمادة : 576 ق.م. أردني .

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فلم ينص على حق الرجوع في الهبة الا في حالات خاصة المادة : 211 ، 212 (2) .

5) ان الابراء اذا صدر من الدائن في مرض الموت فانه يأخذ حكم الوصية مثله في ذلك مثل سائر التبرعات الأخرى (3) .

6) يجوز الطعن في الابراء بالدعوى البوليصية على أساس أنه تبرع حتى ولو كان من صدر الابراء لصالحه حسن النية ولو ثبت أن من صدر منه الابراء لم يرتكب غشا (4) .

7) لا يشترط في الابراء شكل خاص حتى ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل معين فرضه القانون لأن الابراء ليس ناقلا للحق وانما هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام . بل أكثر من ذلك فلا يشترط للابراء شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان كالابراء من وعد بهبة في القوانين التي تشترط الرسمية في انعقاده الهبات ومنها المشرع الجزائري

---

(1) أنظر في هذا المعنى بحث في النزول عن الحقوق للدكتور جلال العدوى منشور بمجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية السنة الثالثة عشرة ص246، 247 سنة 1967.

(2) أنظر في هذا المعنى ما يأتي من هذا الكتاب ص:

(3) ولقد نصت المادة : 776 من القانون المدني الجزائري على هذا الحكم بقولها :

((كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف)) .

(4) أنظر في هذا المعنى أنور سلطان وجلال العدوى في رابطة الالتزام ص: 565 ومحمود جمال الدين زكي في أحكام الالتزام ص: 229 طبعة 1970.

أنظر في الفقه الفرنسي مارتي ورينو طبعة 1963 فقرة : 872 وما بعدها .

أنظر أيضا اليكس ويل ALEX WEILL في شرح القانون المدني الفرنسي في الالتزامات طبعة 1971 فقرة : 1056 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فاذا أراد الموعود بالهبة في ظل هذه القوانين التي تشترط الرسمية ابراء الواعد يكفي مجرد اعلامه بالابراء دون حاجة الى سند كما يحتاجه ابرام الوعد .

ب — تعريف الابراء في القوانين العربية

1) الابراء في ظل التقنين المدني المصري القديم :

عرف المشرع المصري في القانون المدني المصري القديم الابراء بأنه اتفاق يتم بين الدائن والمدين على قضاء الدين دون مقابل (1) .

وقد كانت المادة : 180 من هذا القانون تنص على مايلي : ((يسقط الدين عن المدين بابراء ذمته من الدين ابراءا اختياريا اذا كان للدائن أهلية التبرع))

ومن ثم فانه لايكفي حتى يتم الابراء في ظل التقنين المدني المصري القديم حسب ما يرى الفقهاء المصريين ارادة الدائن وحدها بل لابد أيضا من قبول المدين بهذا الابراء وقبل أن يصدر هذا القبول يكون للدائن حق في أن يعدل عن الابراء وهذا وفقا للقواعد العامة . ويعلل الفقهاء هذا الموقف الخاص بالابراء بأن الالتزام (2) رابطة شخصية لابد لانقضائها من تدخل هذين الشخصين معا (3) بخلاف الحق العيني الذي هو سلطة شخص على شيئ معين يجوز لصاحبه أن ينزل عنه بارادته المنفردة .

ويشترط في الابراء طبقا لما ذكرناه في القانون المدني المصري القديم ما يشترط في سائر العقود من شروط مختلفة ولا سيما منها توافق الارادتين بالايجاب والقبول .

غير أن موقف الفقه المصري فيما يخص تكييف الابراء طبقا لتعريف 180 من القانون المدني المصري القديم هو محل نظر فالمادة : 180 من هذا القانون وهي تتعرض لتعريف الابراء لم تشر بأي عبارة أو مصطلح سواء بطريقة مباشرة

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط ج 3 للدكتور عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق فقرة 578 ص: 965 .

أنظر كذلك الابراء من الالتزام للدكتور عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق فقرة 8 ص: 16

(2) أنظر في هذا المعنى أحكام الالتزام للدكتور حشمت أبو ستيت فقرة 827، 829 .

وانظر كذلك المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد المذكرة الايضاحية مجموعة الأعمال التحضيرية ج : 03 ص: 894 .

(3) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص: 10

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أوغير مباشرة يستدل به على أن هذه المادة تشترط أن يتم الابراء باتفاق الدائن والمدين بل اكتفت بالقول بأن الابراء يسقط الدين عن المدين اذا كانت ارادة الدائن حرة وكان أهلا للتبرع ولم تشترط أي شرط آخر كما فعلت التشريعات التي تعتبر الابراء اتفاقا اذ نصت هذه القوانين بصريح العبارة على أن الابراء لا يتم الا باتفاق الدائن والمدين (1) بل يصح هذا القول أي اعتبار الابراء اتفاق لو قلناه بالنسبة للقانون المدني المصري الجديد في المادة : 371 لأن عدم ردّ المدين عن ابراء الدائن له وسكوته ربما يفسر على أساس أنه قبول وهذا قياسا على أساس أن السكوت في التبرعات يعتبر قبولا لكن الأمر بالنسبة للمادة 180 من القانون المدني المصري القديم فليس فيها ما يدل على أنه اتفاق لا بلفظ صريح ولا عن طريق الاستنتاج الضمني .

وعليه فاننا لا نستطيع أن نقول فيما يخص تعريف الابراء طبقا للمادة 180 من القانون المدني المصري القديم بأنه اتفاق لا يتماشى مع مدلول ومفهوم هذه المادة واذا قلنا بغير ذلك فاننا نكون قد حملنا هذه المادة ما لا تستحمله .

2) **التعريف بالابراء في ظل القانون المدني المصري الجديد :**

ان الابراء في القانون المدني المصري الجديد هو عبارة عن نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف قانوني على سبيل التبرع يهدف الى احداث أثر قانوني معين وهو انقضاء الالتزام (2) .

وكما سبق لنا وأن أشرنا من قبل أن الدائن متى استوفى عين حقه فان هذا يعتبر وفاء بالالتزام وهو الطريق الطبيعي لحصول الدائن على حقه وكذلك فانه

---

(1) أنظر المادة : 1285 ، 1287 من القانون المدني الفرنسي .

وانظر أيضا المادة : 338 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي جاء فيها في تعريف الابراء ما يلي :

((ان الابراء عن الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون الا بمقتضى اتفاق)) .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه أحكام الالتزام طبعة 1969 فقرة : 310 ص : 474 حيث يعرف الابراء بقوله .

((ان الابراء هو اعفاء الدائن المدين من الدين الذي له عليه بغير عوض أو نزول عنه له بغير مقابل)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اذا استوفى مقابلا لحقه كان هذا هو الوفاء بمقابل ، أما في الابراء فان الدائن يتنازل عن حقه ولا يقوم باستيفائه لاعينا ولا بمقابل أى أن ارادة الدائن فيه قد اتجهت الى انقضاء الالتزام دون الوفاء به ، وقد نص المشرع المصرى في القانون المدني الجديد في المادة : 371 منه والتي تقابل المادة : 305 من القانون المدني الجزائرى على مايلي: ((ينقضي الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده)) .

ويبدو من أول وهلة أن الابراء في تصويره في التقنين المدني المصرى الجديد وحسب ما اتجه اليه الفقه في مصر أن الابراء أصبح يتم بارادة الدائن المنفردة وحدها فهو تصرف انفرادى صادر من جانب واحد وليس اتفاقا يشترط لوقوعه رضا المدين كما هو الشأن في التقنين المدني الفرنسي والقوانين التي حدت حدوه ، غير أن الابراء لا ينتج أثره حسب ما عبرت عنه المادة : 371 من القانون المدني المصرى الحالي الا اذا اتصل بعلم المدين وما هذا الا تطبيقا للقواعد العامة التي تقتضي بأن التعبير عن الارادة لاينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه (1) .

وعليه فان أراد المدين رد الابراء تعين عليه أن يقوم بالرد بمجرد علمه به بل وفي مجلس الابراء ذاته الذى علم فيه فاذا انقضى المجلس دون أن يرد المدين الابراء أو بعد أن قبله امتنع عليه الرد بعد ذلك ولا يسوغ للدائن بعد ذلك أن يرجع فيه . أما اذا رجع قبل أن تصل ارادته الى علم المدين كان له ذلك (2) .

3) **تعريف الابراء في ظل التشريعات العربية الأخرى :**

ان أغلبية التشريعات العربية مطابقة ومتفقة في أحكامها ونصوصها الخاصة بالابراء مع أحكام ونصوص القانون المصرى الجديد ما عدا قانون الموجبات والعقود اللبناني الذى يعتبر الابراء اتفاقا تمشيا منه مع المشرع الفرنسي كما سنرى فيما بعد .

---

(1) أنظر المادة : 61 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 91 من القانون المدني المصرى حيث تنص على مايلي:
((ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه)) .
(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق فقرة : 14 ص: 22 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فلقد عرفت المادة : 358 من القانون الليبي والمادة : 369 من القانون المدني السوري الابراء بنفس التعريف الذي جاء في المادة : 371 من القانون المدني المصري وهما متطابقتان تمام المطابقة لنص المادة المصرية المذكورة أعلاه (1) .

أما المشرع العراقي فقد عرف الابراء في المادة : 422 من القانون المدني العراقي والتي تقابل المادة : 445 من القانون المدني الأردني وتطابقها تمام الانطباق بما يلي : ((لا يتوقف الابراء على قبول المدين لكن اذا ردّه قبل القبول ارتدّ وأما قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته)) .

فهذه المادة ، وان كانت غير مطابقة تمام المطابقة لنص المادة : 371 من القانون المدني المصري إلاّ أنها تتشابه معها من حيث أحكامها وآثارها .

كما عرفت المادة : 359 من قانون التجارة الكويتي لسنة 1961 الابراء بقولها : ((اذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين)) .

ونصت المادة : 350 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1960 على أن ((الابراء به ينقضي الالتزام باسقاط اختياري من الدائن الذي له التبرع والاسقاط الاّ اذا لم يقبله المدين قبولا صريحا)) (2) .

ونخلص من كل ما ذكرناه الى القول فيما يخص تعريف الابراء لدى أغلبية التشريعات العربية أن تعاريفها مطابقة مع تعريف القانون المدني المصري وحتى تلك التي تختلف معه في بعض الجوانب ولا تنطبق معه تمام المطابقة الاّ أنها تتشابه معه ولا تتعارض مع أحكامه وآثاره لأن وجه الخلاف بينها يعود الى الصياغة أكثر مما هو يعود الى المحتوى .

أما بالنسبة للقانون المدني اللبناني فهو يختلف عن القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى التي حذت حذوه ومنها القانون المدني الجزائري كما سنرى فيما بعد ، اذ أن القانون المدني اللبناني يعتبر الابراء اتفاقا بصريح العبارة ، وبذلك فهو يختلف عن التقنينات العربية التي تجعل من الابراء تصرف قانوني يتم بارادة منفردة وفي هذا الصدد فلقد نصت المادة : 338 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على مايلي : ((ان الابراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون الا بمقتضى اتفاق فيفترض في الابراء اتفاق أصحاب الشأن)) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج 3 المرجع السابق فقرة 577 ص 964

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص : 21 هامش رقم (1) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

4) **تعريف الابراء في ظل القانون المدني الجزائري:**

يعتبر الابراء في القانون المدني الجزائري تصرف ارادي من طرف الدائن يهدف اسقاط الدين عن ذمة المدين وقد نظم المشرع الجزائري الابراء في الباب الخامس من القانون المدني الجزائري الصادر في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 تحت عنوان انقضاء الالتزام الفصل الثالث في موضوع انقضاء الالتزام دون الوفاء به بالقسم الأول من هذا الفصل .

ولقد جاء في المادة : 305 من هذا القانون وهي خاصة بحكم الابراء مايلي:

((ينقضي الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ولكن يصبح باطلا اذا رفضه المدين)) (1) .

وما قلناه بالنسبة لتعريف القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى التي تماثله ينطبق على تعريف المادة : 305 من القانون المدني الجزائري لأنها تتشابه وتتماثل مع تعاريف مواد التشريعات العربية المذكورة سابقا (2) .

وخلاصة القول أن الابراء في القانون المدني الجزائري تصرف ارادي يقصد به انتهاء التزام دون الوفاء به ويتم ذلك باختيار الدائن دون مقابل وهو بهذا يكون عملا من أعمال التبرع يتم بمجرد علم المدين به ولكن اذا رفضه فانه يصبح لاغيا في حقه ولاقيمة له وبذلك يكون باطلا ولا تترتب عليه أي آثار ويبقى الدين بعد ذلك قائما في ذمة المدين ، كما كان من قبل .

المطلب الثاني

التمييز بين الابراء وما قد يشتبه به من التصرفات القانونية الأخرى

لقد سبق لنا وأن قلنا بأن الابراء تصرف قانوني يصدر من الدائن دون مقابل المادة (305 ق.م.ج) فهو ينزل عن حقه دون عوض ومن ثم يكون الابراء تصرفا تبرعيا محضا من جانب الدائن (3) وهذا هو الذي يميز الابراء عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له مثل الصلح والتجديد والنزول عن الحق وحتى ينسنى لنا معرفة الفوارق الموجودة بين الابراء وما قد يشبهه من التصرفات القانونية الأخرى ارتأينا أن

---

(1) أنظر المادة: 371 من القانون المدني المصري وهي مقابلة للمادة : 305 ق.م.ج

(2) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 15

(3) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط ج 3 المرجع السابق ص 968

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

نخصص فرعا لكل نوع من أنواع التصرفات القانونية القريبة من مفهوم الابراء .

الفـــرع الأول

التمييز بين الابراء والصلح (1)

بادئ ذي بدء نقول بأن الصلح ابراء ولكنه بمقابل اذ أن كلاً من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه في مقابل التسليم له بالبعض الآخر مثال ذلك ما اذا كان لشخص على آخر ألف دينار وادعى المدين أنه وفى الدين وأنكر الدائن ذلك ثم تصالح مع المدين على خمسمائة دينار فهذا الصلح يتضمن ابراء المدين ولكن مقابل الخمسمائة الباقية بينما في الابراء يتم التنازل الدائن عن حقه بدون مقابل .

الفـــرع الثاني

الابراء المدني والابراء التجاري

الابراء المدني هو اجراء فردي يقوم به الدائن بمحض ارادته وهناك ابراء آخر يختلف عن الابراء المدني وهو ما يسمى بالابراء التجاري وهذا النوع من الابراء في الواقع يدرس عند دراسة القانون التجاري ولكن نرى بأنه لا بأس أن نعطي لمحة وجيزة عن هذا النوع من الابراء وهذا بغية الوقوف على أهم المميزات لكل واحد من هذين النوعين من الابراء .

يبدو أن من أهم ما يميز الابراء المدني عن الابراء التجاري أن الأول اجراء فردي يقوم به الدائن مختارا ، أما الثاني فهو جماعي يقوم به الدائنون مع مدينهم المفلس .

فابراء الدائنون للمدين المفلس عند افلاسه انما هو اجراء يهدف الى تمكين المدين المفلس من أن يدفع لهم جزءً من الدين نظير ابرائه من الباقي وبالتالي فان الدائنون اذا أبرأوا المدين من جزءً من الدين الذي هو عليه فانهم لا يتبرعون به ولكنهم يأملون من وراء هذا الابراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم وهم بتصرفهم هذا ييسرون على المدين المفلس السبل التي تؤدي الى ذلك أي الى

---

(1) أنظر المادة : 459 ق . م . ج حيث تنص على مايلي : ((الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه)) .

وانظر أيضا المادة : 549 من القانون المدني المصري .

والمادة : 647 من القانون المدني الأردني .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحصول على حقوقهم ومن هذه السبل ابراؤه من جزء من ديونه ، وعلى هذا فالابراء التجاري يختلف عن الابراء المدني في عدة نقاط يمكن حصرها فيما يلي :

1) ان الابراء المدني تصرف فردي يقوم به الدائن مختارا أما الابراء التجاري فهو تصرف جماعي يقوم به جماعة الدائنين وتفرضه الأغلبية على الأقلية .

2) الابراء المدني ينطوي على نية التبرع من طرف الدائن لمصلحة المدين أما الابراء التجاري فتنعدم فيه نية التبرع لدى الدائنين المبرئين بل هم يهدفون من وراء هذا الابراء الحصول على قدر ممكن من حقوقهم .

3) ان الابراء المدني لابد من رضاء الدائن به مختارا أما الابراء التجاري فليس من الضروري أن يقبل جميع الدائنين بالابراء بل يكفي أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية .

4) ان الدائن في الابراء المدني ينزل عن كل حقه وان كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون الابراء المدني مقصورا على جزء من الدين ، أما الابراء التجاري فان الدائنون لا يبرئون المدين المفلس الاّ من جزء من الدين ابتغاء الحصول على الباقي (1) واذا لم يف المدين المفلس بما تعهد به زال الابراء لأن ابراء المفلس معلق دائما على شرط واقف فان تخلف هذا الشرط انفسخ الابراء ورجع الدين كاملا في ذمة المفلس لمصلحة الدائنين (2) .

5) أصلا أن الابراء المدني يترتب عليه زوال جميع تأميناته أما في الابراء التجاري الناشئ عن الصلح مع المفلس فهو لاينقضي الدين الاّ بالنسبة للمفلس نفسه أما التأمينات الخاصة بالمدين المفلس كالكفالة فلا تزول وبالتالي لا تبرأ ذمة الكفيل التجاري لأن الكفالة قد وضعت خصيصا لهذه الحالة التي يكون عليها المدين .

6) ان الابراء المدني يتم برضى الدائن بالنزول عن حقه مختارا فتبرأ ذمة المدين أصلا ولا يتخلف عن الابراء أي التزام طبيعي في ذمته أما في الابراء التجاري أي الصلح مع المفلس فيتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين بالجزء من

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني في كتابه أحكام الالتزام فقرة : 485 ص: 470 بدون تاريخ .

(2) أنظر في هذا المعنى الوسيط ج 03 المرجع السابق للدكتور عبد الرزاق السنهوري فقرة : 579 ص: 968 ، 969 هامش رقم 01

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الديون الذى أبرىء منها لأن الدائنين لم يرضوا بهذا الابراء مختارين ، ونخلص مسن كل ما تقدم الى القول بأن الابراء المدني نزول اختيارى من الدائن عن حقه على سبيل التبرع أما الابراء التجارى والصلح بصفة عامة فهي ليست تصرفات تبرعية ولذلك فلا تشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي فيها أهلية التصرف (1) .

الفرع الثالث

الابراء والتجديد

في التجديد يبرىء الدائن ذمة المدين من الدين وهذا هو وجه المشابهة بالابراء ولكنهما يختلفان في أن المتعاقدين في حالة التجديد يتفقان على انشاء دين جديد يحل محل الدين الأصلي فليس الابراء من الدين الأصلي في التجديد تبرعا بل يقابله انشاء دين جديد (2) .

الفرع الرابع

الابراء والنزول عن الحق

أوضحنا فيما تقدم معنى الابراء من حيث أوردنا مختلف التعريفات في ذلك ونتعرض فيما يلي لحقيقة النزول عن الحق وما هيته وما قيل من تعريفات في هذا الشأن (3) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى عبد السلام ذهني في كتابه أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة 485 ص: 478 .

وانظر أيضا الوسيط للسنهورى ج 03 المرجع السابق ص: 969 .

وانظر أيضا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة : 310 ص: 475 .

أنظر المادة: 460 من القانون المدني الجزائرى حيث تنص على ما يلي: ((يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي شملها عقد الصلح)) .

أنظر الأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني المرجع السابق وفي نفس المكان .

وانظر أيضا الوسيط للسنهورى ج 03 المرجع السابق ص: 969 .

أنظر أيضا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 29 .

وتنص المادة : 291 من القانون المدني الجزائرى على ما يلي:

يترتب على التجديد انقضاء الدين الأصلي بتوابعه وانشاء التزام جديد مكانه .

(3) أنظر في هذا الموضوع بحث للدكتور جلال العدوى في النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص منشور بمجلة الحقوق جامعة الاسكندرية المرجع السابق ص: 248 ، 250 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لقد ذهب بعض الفقهاء في تعاريفهم المختلفة للنزول فقالوا بأنه تصرف يتخلى بموجبه شخص عن حق أو ترك حق يخصه (1) كما عرفه البعض الآخر بأنه تصرف يراد به انقضاء حق حال دون نقله الى شخص آخر وامتنع نشوء حق (2) كما هناك من الفقهاء من يرى بأن النزول عن الحق تصرف ارادي انفرادي

---

(1) أنظر في هذا المعنى رينو PIERRE RAYNAUD في موضوع التنازل عن الحق reconciation à un droit في نطاقه وطبيعته في القانون المدني مقال منشور في المجلة الفصلية القانون المدني الفرنسي لسنة 1926 ص : 763 وما بعدها ومما جاء فيه مايلي :

(ان الابراء من الدين الذي يتم بين الأحياء la remise de dette entre vils يعتبر تنازلا اتفاقيا ، ويضيف الأستاذ رينو في المرجع ذاته ص: 763 قوله:

ان التنازل عن الحقوق العينية يتم بارادة منفردة أما التنازل الخاص بالديون فانه يتم بالابراء ، والابراء في القانون المدني الفرنسي كما علمنا من قبل يعتبر تصرفا صادرا من الجانبين ، فهو لا يتم الا اذا قبل المدين الايجاب

la remise de dette est un acto bilatéral

الموجه اليه من الدائن

la remise de dette n'existe que lorsque le débiteur a accepté l'ioffre à lui et faite par le créancier.

ويمثل الدائن الجانب الايجابي للالتزام .

la créanse n'est que le coté actif de l'obligation.

كما يتمثل المظهر السلبي للالتزام في الدين :

la dette est un aspect passif.

(2) أنظر في هذا المعنى بحث الأستاذ لسون بعنوان :

Essai d'une théorie générale de la renonciation de droit civil.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للحق (1)

وهناك من الفقهاء من قال بأن النزول عن الحق يعتبر عملية قانونية تحقق غاية معينة بوسيلة معينة (2) .

ومن الأمثلة التي يمكن ذكرها فيما يتعلق بالنزول عن الحق نورد على سبيل المثال مايلي:

1) قيام مالك المنقول بالتخلي عنه بقصد النزول عن ملكيته المادة : 877 من القانون المدني المصرى حيث تنص على مايلي:

((يصبح المنقول لامالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته)) ولا يوجد مقابل لهذه المادة في القانون المدني الجزائرى .

وكذلك فانه لمالك العقار المرتفق به أن يتخلى عنه تخلصا مما قد يقع عليه من القيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه وهذا مانصت عليه المادة : 874/ 2 ق . م . ج بقولها : ((واذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته جاز له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

وللدائن المرتهن أن يتخلى أو يتنازل عما له من حق رهن رسمي أو حيازي المادة : 965 من القانون المدني الجزائرى

وكذلك يجوز للدائن أن يتنازل عن حقه في المرتبة لدائن آخر يليه فيها وهذا مانصت عليه المادة : 910 من القانون المدني الجزائرى بقولها:

((يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار)) .

كما للدائن أيضا أن يتنازل عن حقه في التمسك بالتقادم حيث نصت المادة : 322/ 2 من القانون المدني الجزائرى على مايلي: ((وانما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لاينفذ في حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم)) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ ريبو في النزول عن الحق بالمجلة القنصلية للقانون المدني الفرنسي 1936 ص: 763 وما بعدها .

(2) أنظر هذه التعريفات الأستاذ جلال العدوى في بحثه السابق لمجلة الحقوق ص: 175

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما يمكن للدائن أن ينزل عن التمسك بالمقاصة أو بالحق في الحبس المادة : 300/1 ق.م.ج الأأن المشرع الجزائري لم ينص على حق التنازل في الحبس غير أننا نرى أنه لا يوجد هناك مانع من أن يتنازل الدائن عن حقه في الحبس اذا ثبت له ذلك وهذا طبقا للقواعد العامة .

كما لمن شاب عيب من العيوب ارادته أن ينزل عن حقه في ابطال التصرف وهذا باجازته له .

وللمدعي أيضا أن ينزل عن الخصومة بتركها كما أن له أن ينزل عن اجراء من اجراءاتها (1) .

ومن خلال هذه التعريفات والأمثلة يتضح لنا أن الابراء يتفق مع النزول عن الحق في كون كلاً منهما يترتب عليه انقضاء الحق وان الغاية التي يهدف كلاً منهما هي اسقاط الحق وهكذا فاذا كان من المسلم به أن حقوق الدائنين تنقضي بالابراء فان هذه الحقوق محل خلاف فقهي يتمثل في مدى قابلية هذه الحقوق للنزول عنها .

---

(1) أنظر في هذا المعنى موسوعة دالوز تحت عنوان Renonciation. وما جاء فيه ما يلي :

La Renonciation est un acte par lequel une personne abondonne un droit qui lui appartient ·elle est la cause de l'extinction d'un droit par la seul volonté de son titulaire ·

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الابراء لا يعد نزولا عن الحق وأن حق الدائنية لا يمكن النزول عنه (1) وذهب رأي آخر الى القول بأن الابراء يعد نزولا عن حق الدائن ، الاّ أن أصحاب هذه الرأى اختلفوا أيضا فيما بينهم حول ما اذا كان يمكن النزول عن الحق بغير الابراء أم يمكن ذلك ويستند أصحاب الرأى الأول أى الذين يرون بأن الإبراء لا يعد نزولا الى حجتين :

الحجة الأولى : ان النزول تصرف انفرادى أما الابراء في التقنين المدني الفرنسي والقوانين التي حدت حدوه فهو اتفاق ينطوى على هبة غير مباشرة والهبة لا تكون الا بالاتفاق وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائرى فقد نص في المادة : 206 منه بقوله : ((تنعقد الهبة بالايجاب والقبول)) .

ويضيف هؤلاء الفقهاء الى حجتهم الأولى قولهم ان طبيعة حق الدائنية تأبى خروج الدائن من هذه الرابطة بالارادة المنفردة كما أن في نزول الدائن عن حقه بالارادة المنفردة مساسا بالمدين الذى قد تكون له مصلحة مادية أو أدبية في عدم انهاء رابطة الالتزام ومن ثم فان الإبراء لا يتم الا بموافقته (2) .

واذا ما تأملنا هذا القول جليا نرى بأنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم النزول بغير الارادة المنفردة هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى اذا سلمنا بأن النزول لا يكون الا انفراديا فاننا نرى بأن طبيعة الدائنية لا تحول دون أن ينزل الدائن بارادته المنفردة عن الدين الذى هو في ذمة المدين ، وهذا ما جنح اليه المشرع المصرى والقوانين العربية التي حدت حدوه (3) وهذا هو الرأى الراجح

---

(1) في هذا الاطار يفرق الأستاذ Silvio lessona بين الابراء من الالتزام والنزول عن الحق في بحثه النظرية العامة للنزول عن الحقوق في القانون المدني الفرنسي بعنوان: Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil. français.

فيقول : يتم الابراء بقبول المدين ومن ثم فانه يختلف عن النزول الذى يعتبر تصرفا انفراديا أنظر أيضا الأستاذ ريبو البحث السابق الاشارة اليه فقرة: 17، 18 ص: 777، 780 .

أنظر في هذا المعنى الفقيه الفرنسي أحكام الالتزام للأستاذين أوبرى ورو ج : 4 فقرة 322 ص: 357 ، بدون تاريخ .

(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا الموضوع من هذا الكتاب ص: 10 .

(3) أنظر ما سبق ذكره في هذا الموضوع من هذا الكتاب ص: 10 ، 11

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

في الفقه الاسلامي (1) اذ أن الابراء في ظل هذه القوانين يتم بارادة الدائن المنفردة وان كان يرتد بالرد ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيبدو بأنه قد سار المشرع المصري والرأي الراجح في الفقه الاسلامي من أن الابراء يكون بالارادة المنفردة وان كان يصبح باطلا اذا رفضه المدين وهذا حسب ما نصت عليه المادة : 305 ق . م . ج ونعود لهذا الموضوع بالتفصيل فيما بعد عندما نتكلم عن الطبيعة القانونية للابراء .

أما الحجة الثانية التي يستأنس بها الفقهاء الرافضين للرأي القائل بأن الابراء يمكن أن يكون نزولا عن الحق فتتمثل فيما يلي :

ان النزول لا يكون تبرعا بينما الابراء لا يكون الا تبرعا الا أن هذه الحجة مردود عليها أيضا وهي مرفوضة من الأساس للأسباب الآتية :

1) يبدو وأنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون النزول على سبيل التبرع والابراء يكون مجردا من التبرع ويضرب الفقه في مصر وفي فرنسا أمثلة على ذلك فيأتون بحالة الابراء التجاري أو الصلح الواقعي من الافلاس ، أو الابراء في حالة ما اذا كان أصل الدين غامضا (2) .

2) اذا كان من المقرر سريان الأحكام الموضوعية للتبرعات على الابراء المادة (306 ق . م . ج) فليس معنى هذا أن الابراء لابد وأن يكون دائما وأبدا من التبرعات اذا انتفت نية التبرع لدى المبرئ (3) .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن حقوق الدائنية كما تقبل النزول تقبل الابراء بل ان الابراء يعتبر نوعا من النزول خاصة بالنسبة للقوانين التي تعتبره تصرفا يتم بالارادة المنفردة كالقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري والقوانين الأخرى المشابهة لهما في أحكام الابراء ، أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي والقوانين التي حدت حدوه والتي تعتبر أن الابراء اتفاقا لا يتم بارادة الدائن المنفردة فان التنازل في تصويره يعتبر تصرفا انفراديا وليس اتفاقا ومن ثم فهو لا يحتاج لانضمامه الى قبول ، وهكذا يمكن القول بأنه اذا كان النزول يختلف

---

(1) أنظر كذلك ما سبق ذكره في هذا الموضوع من هذا الكتاب ص: 14

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج 03 المرجع السابق فقرة : 579 ص: 968 .
وعبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام طبعة 1954 ص: 310 .

(3) أنظر ما سبق ذكره في هذا الموضوع في هذا الكتاب ص: 19

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

عن الابراء في ظل القوانين التي تجعل من الابراء اتفاقا والتنازل في حقيقته يتم بارادة منفردة فان هذا لا يطرح بالنسبة للقوانين التي تجعل من الابراء تصرفا ارادياً يتم بالارادة المنفردة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الجزائري وعليه يمكننا القول بأن الابراء ما هو الا نوع من التنازل عن الحقوق كلاهما يتم بالارادة المنفردة لصاحب الحق .

غير أن ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو ما يتعلق بمحل التنازل فهو يمكن أن يختلف عن محل الابراء ومن ذلك ان التنازل يمكن أن يكون محله حقوق عينية أو حقوق شخصية بينما الابراء لا يتناول الا الحقوق الشخصية دون العينية (1) كما أن التنازل قد يكون محله مجموعا من المال كتنازل الوارث عن التركة ويترتب عليه اسقاط الحق (2) وقبل أن ننتهي من بحث وعرض ما يمكن أن يشتبه بالابراء من تصرفات قانونية لا يفوتنا أن نشير الى أنه قد يكون للالتزام أكثر من محل فتبرأ ذمة المدين اذا هو أدى واحدا منها وهو ما يسمى بالالتزام التخييري (3) .

كما قد يكون للالتزام محل واحد أصلي وارد في العقد الى أن المدين قد أدى محلا آخر بدلا عنه نظرا لعدم استطاعته الوفاء بالمحل الأصلي وهذا هو ما يسمى بالالتزام البدلي أو الالتزام الاختياري كما يسميه المشرع الجزائري (4) .

وما تجب ملاحظته في هذا الصدد أن كلاّ من الالتزام التخييري والالتزام

---

(1) أنظر في هذا المعنى ما سيأتي فيما بعد من هذا الكتاب ص : 77 وما بعدها .

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ رينو المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي لسنة 1926 فقرة : 18، 19 ص: 779 ، 780 .

وأنظر أيضا الأستاذ DESSOMA المرجع السابق بالمجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ص: 361 .

وانظر أيضا موسوعة دالوز المرجع السابق تحت عنوان : Renonciation.

(3) تنص المادة : 213 من القانون المدني الجزائري في هذا المعنى ما يلي :
يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحدا منها .

(4) تنص المادة : 216 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :
يكون الالتزام اختياريا اذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا عنه شيئا آخر .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

البدلي يختلفان عن الابراء الذى نحن بصدد بحث موضوعه لكون أن كلاً منهما في الواقع أوصافا للالتزام لاتبرأ ذمة المدين فيهما الاّ اذا أدى احدى الالتزامات الناشئة عنهما بينما الابراء كما ذكرنا من قبل يتم كقاعدة عامة بدون أن يقدم المدين للدائن المبرئ أى شيئ . ولذلك لانستطيع أن نقول بأنهما ابراء بالمعنى الحقيقي اذ أنهما لايعتبران من أعمال التبرع وبالتالي لانستطيع أن نطبق عليهما أحكام الابراء الذى هو احدى طرق انقضاء الالتزام دون مقابل وبالتالي فهو عمل من أعمال التبرع .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية للابراء

اذا كان الابراء كما سبق وأن ذكرنا من قبل يعتبر تصرف من تصرفات الارادة (1) يهدف الى اسقاط حق بدون مقابل وهذا نزولا من الدائن قبل مدينه (2) وبالتالي هو عمل من أعمال التبرع فهل هو عمل قانوني يتم من جانبين أي هل يجب فيه الايجاب والقبول كأي عقد من العقود ؟ أم هو عمل صادر من جانب واحد أي تكفي فيه الارادة المنفردة لنشوئه ؟ وفي هذا الاطار يجب علينا بادئ ذي بدء أن نشير الى أن الفقه الغربي يختلف في هذا عن الفقه الاسلامي وكذلك فان التشريعات مختلفة في ذلك أيضا فمن الفقه والتشريعات ولا سيما منها الأوربية من ترى بأن الابراء تصرف قانوني لابد لنشوئه من توافق الارادتين أي لابد لاتمامه من صدور الايجاب من الدائن والقبول من المدين غير أن هناك جانب آخر من الفقه والتشريعات والمتمثل في أغلبية الفقه الاسلامي وجل التشريعات العربية من تعتبر الابراء تصرف قانوني يتم من جانب واحد يكفي فيه الارادة المنفردة لنشوئه دون حاجة الى قبول المدين ان كان الابراء يرتد برده وسيا تجد ر ملاحظته لأول وهلة حول هذا الخلاف هو الأخذ بأي الاتجاهين أو الرأيين يترتب عليه آثار مختلفة من حيث الانعقاد ومن حيث الانقضاء ، يختلف باختلاف ما اذا كان الابراء يتم بارادة منفردة أو بارادتين

ولمعرفة أي الاتجاهين أقرب الى الصواب والمنطق إرتأينا أنه لابد لنا من التعرض لآراء وحجج كل طرف ثم نتبين موقف المشرع الجزائري من ذلك من حيث معالجته للابراء في المادتين (305، 306) ق . م . ج وهل اعتبره المشرع الجزائري تصرف ارادي يتم بارادة منفردة دون حاجة الى قبول المدين وهذا هو الرأي الغالب والسائد في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والقوانين العربية التي حدت حذوه وجل الفقه العربي الحديث . أم هو تصرف ارادي لابد لنشوئه من تلاقي الارادتين أي لابد من ايجاب من طرف الدائن وقبول من جهة المدين وكان ذلك القبول يستنتج ضمنيا من عدم رفض المدين للابراء وحتى نتمكن من الاجابة على كل التساؤلات التي طرحناها قسمنا المبحث الخاص بالطبيعة

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور نور الدين تركي في كتابه الالتزامات والمسؤولية المدنية والنظام العام المرجع السابق ص: 251 .

(2) أنظر في هذا المعنى عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي كتاب أحكام الالتزام المرجع السابق ص 366 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القانونية للابراء الى مطلبين رئيسيين نتناول في المطلب الأول طبيعة الابراء في الفقه الاسلامي ونتناول في المطلب الثاني طبيعة الابراء في القانون المدني وفي ضوء ذلك سنتعرض لموقف الفقه والتشريعات الغربية كما نتعرف على موقف التشريعات والفقه العربي الحديث في ذلك :

المطلب الأول

طبيعة الابراء في الفقه الاسلامي

لقد أجاز الفقه الاسلامي الابراء في جميع المذاهب وهو مراد فعند جمهور الفقهاء لهبة الدين المدين الا عند الحنفيين وسبب الفرق عند هؤلاء هو أن حق الرجوع جائزا مبدئيا في الهبة بعد القبض وغير جائز في الابراء على حين أن بعض الأئمة لم يجيزوا هذا الرجوع في الحالتين (1) .

ويعتبر الابراء لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ما هو الا نوع من الاسقاط للحق كله أو بعضه بقصد التبرع والاحسان وخاصة وأن الكتاب والسنة قد حثا على فعله ومن ذلك فقد جاء في القرآن الكريم ما يلي : ((ان الله يأمر بالعدل والاحسان)) (2) ((ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون)) (3) .

وورد في الصحيحين ، بخاري ومسلم وغيرهما من الصحابة الأبرار عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يسعى مسح الدائن للاسقاط وللوضع من دينهم كما فعل مع كعب بن مالك ومع دائن مورث جابر بن عبد الله (4) .

ويعتبر الابراء في الفقه الاسلامي كما هو الشأن في القانون الوضعي كما سنرى فيما بعد تصرفا على سبيل التبرع ولكن يثور التساؤل عما إذا كان تصرفا صادرا من الجانبين فيحتاج الى ايجاب وقبول أم تصرف انفرادي صادر من جانب واحد فلا يتوقف على قبول ويتم بالايجاب وحده ؟ .

لقد اختلف الرأي في الفقه الاسلامي حول هذا الشأن وهذا ما سنحاول تبيانه فيما يلي :

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور صبحي محمصاني في كتابه النظرية العامة للموجبات والعقود طبعة 1972 ص : 559 .

(2) سورة النحل آية : 90 .

(3) سورة البقرة آية : 280 .

(4) العين على البخاري ج : 3 ص : 160 وصحيح مسلم ج 05 ص : 30 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لقد ذهب فقهاء الحنفية ماعدا زفر الى القول بأن الابراء يتم ويسقط الدين من غير توقف على قبول المدين ، وحجتهم فيما يذهبون اليه أن الدائن قد تصرف في خالص حقه من جهته ولا يتوقف على قبول الطرف الآخر لأنه من قبيل الاسقاطات وهي لا تتوقف على القبول كالطلاق والاعتاق وكلاهما لا يحتاج الى رضاء المرأة بالطلاق فانه ينفذ في حقها حتى وان كرهت ذلك ولم ترض به وكذلك العبد يعتق حتى وان لم يرض بذلك العتق ، وهكذا فان الابراء حسب ظاهرة المذاهب الحنفي يتم بالايجاب الصادر من صاحب الحق ، ويتم بكل عبارة تدل على اسقاط حقه دلالة واضحة أو يقوم مقامها من كتابة واشارة غير أن هؤلاء الفقهاء يرون بأن الابراء يرتد بالرّد اذا رده المدين فلو قال مثلا الدائن لمدينه أبرأتك عن الدين الذى قبلك فسكت المدين ولم يرد برأت ذمته أما لو قال لا أقبل الابراء فلا تبرأ ذمته من الدين (1) .

ولقد نصت المواد التالية من الفقه الاسلامي على مايلي:

1) المادة : 239 من مرشد الحيران حيث نصت على مايلي: ((لا يتوقف الابراء على القبول من طرف المدين لكن اذا ردّه قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ المدين من تركته)) .

2) المادة : 1566 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها مايلي : ((لا يتوقف الابراء على القبول ولكن يرتدّ بالردّ)) .

ولقد ذكر ابن نجيم فيما يخص هذا المعنى بالذات في كتابه الاشباه والنظائر مايلي:

ان الابراء من الدين فيه شبها بالتمليكات فيرتد بالرّد ، لأن أحدا لا يستطيع أن يدخل في ملك غيره شيئا بدون ارادته كما أن له شبها بالاسقاطات فلا يتوقف على القبول وعملا بالشبهة يتم الابراء من جهة الدائن من غير أن يتوقف على قبول المدين الاّ أنه يرتد برده ، وهكذا يكون الأصل عند الحنفية بأن الابراء من

---

(1) أنظر في هذا المعنى جامع الفصولين ج : 03 ص: 236 حيث جاء فيها على الخصوص مايلي: لو أبرأ المديون من دينه أو وهبه له الدائن يصح بلا قبول ويرتد برده .
كما جاء في نفس المرجع وفي نفس الموضع ذاته أيضا مايلي:
ولو قال المدين للدائن ابرئني مما لك عليّ فأبرأه فقال لا أقبل برئ .
أشار الى كل ما ذكرناه الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 52 هامش رقم (1) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدين لا يتطلب قبولا من طرف المدين ولكن يتم بالرد إذا رفضه المدين غير أن الحنفية أوردوا على هذا الأصل استثناءات تخص بعض التصرفات التي يتطلب فيها الإيجاب قبولا صريحا كما أن الرد بمجلسه لا يؤثر في كل الاستثناءات التي يتطلب فيها التعويض هذه الحالات الخاصة بشيء من التفصيل .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

1) **الحالات التي يجب فيها قبول الابراء:**

لقد جعل الحنفية من القاعدة التي تقضي بأن الابراء لا يتوقف على القبول قاعدة غير مطلقة واستثنوا منها حالتين :

1) الابراء من رأس مال السلم .

2) بدل الصرف .

وقالوا بأن الابراء منهما يتوقف على قبول المدين المبرأ اذ لو سكت ولم يقبل صراحة فان الابراء لا يتم وحجتهم في ذلك ترتكز على ما يلي:

إن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط في صحة السلم والصرف فلو جاز ابراء من غير قبول المبرأ وفيه اسقاط هذا الشرط أصلا لكان الابراء فسخا في المعنى لعقد الصرف والسلم وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا بد من قبول المبرأ فيهما .

ب) الحالات التي لا تتأثر فيها الاسقاطات بالرّد:

لقد جعل الحنفية من بعض الاسقاطات لا ترتدّ بالرّد بل ان الحق يسقط بمجرد رده المدين ، وهذا لانتفاء علّة الرّد ويمكن اجمال حالات عدم تأثير الرّد في الاسقاطات فيما يلي:

أ — ابراء المكفول للكفيل هذا الابراء لا يرتد برد الكفيل والعلة في ذلك تعود الى أن المعنى الذى من أجله كان للمبرأ الحق في الرّد وهو خوف المنة لم يتحقق في ابراء الكفيل لأن الكفيل متبرع بضمان الدين فلا تلحقه منه

ب — طلب المدين الابراء ثم ردّه أو قبله ثم ردّه وفي هذه الحالة لا يرتد الابراء بالرّد من المدين أيضا لأن وقع احتمال المنة قد زال برضاء المدين الأول فلم يبق هناك وجه للرّد ولأنه لما قبل الابراء فقد ملك الدين فلا يخرج عن ملكه بسبب من الأسباب التي تفيد ذلك والمثال على ذلك اذا وهب الدائن الدين للمدين ثم ردّه فان هذا لا يجوز الا بقبول الدائن وتعتبر ذلك هبة جديدة بينما الرّد ليس واحدا من الأسباب التي يمكن به للفرد الخروج عن ملكيته .وخاصة اذا علمنا بأن بعض الحنفية يرى بأن هبة الدّين كالابراء منه فكلاهما لا يتوقف على القبول غير أن هناك فقهاء آخرون يقررون بأن الهبة تتوقف على القبول بخلاف الابراء من الدّين أنظر المادتان : 206 من قانون الأسرة الجزائرى والمتعلقة بانعقاد الهبة والمادة : 305 من القانون المدني الجزائرى والمتعلقة بصدور الابراء .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

جـ ـ اذا أبـرأ المحال له المحال عليه وردّه هذا الأخير أى المحال عليه فلا يكون الابراء مردودا لأن هذا الابـراء لا يتضمن التمليك وهو اسقاط محض فلا يحتاج الى قبول ولا يمكن ردّه (1) .

كان هذا كله فيما يخص رأى الحنفية فيما يتعلق بطبيعة الابـراء أما بالنسبة للمالكية ففي ظاهر مذهبهم وكذلك الشافعية في أصح الأقوال عندهم فانهم يقررون بأن الابراء يتوقف على قبول المبرأ صراحة ، فاذا سكت المدين المبرأ لا يصح الابراء ويبقي الدّين قائما اذ أن الابراء يعتبر لدى هؤلاء الفقهاء من جانب التمليك كالهبة والصدقة فهو تمليك للدّين الذى هو في ذمة المدين ولا يملك أحدا أن يدخل في ملك غيره شيئا بدون رضاه ، وتأسيسا على الحجج المذكورة ذهب المالكية في تحليلهم لطبيعة الابراء الى ترجيح جانب التمليك على جانب الاسقاط ولذلك اشترطوا القبول من طرف المدين بعكس الحنفية الذين يرون بأن الابراء ذو صفتين صفة الاسقاط وبهذه الصفة فهو لا يتوقف على قبول المدين ، وصفة التمليك فيها يكون للمدين حق ردّ الابراء ، وبدون أن رأى الحنفية هو الأقرب الى الصواب والمنطق وخاصة اذا علمنا أن هناك رأى آخر للمالكية والشافعية يقول بأن الابراء يتوقف على قبول المدين ولا يرتدّ بردّه لأنه اسقاط محض والاسقاطات المحضة هو معروف عنها لا يشترط فيها القبول كالطلاق والعتاق اذن فهناك خلاف بين فقهاء المالكية وكذلك فقهاء الشافعية حول طبيعة الابراء في كونه تصرفا ارادى أو ارادة منفردة وبالتالي لا يحتاج الى قبول لأنه اسقاط محض أم أنه تصرف ارادى يتم بارادتين ولا بد فيه من قبول لأنه تمليك .

وبرجوعنا الى ما قلناه من قبل في شأن هذين المذهبين أى المذهب المالكي والشافعي نجد أن هناك فقهاء من المذهب المالكي والشافعي على السواء قالوا

---

1) أنظر في هذا المعنى تهذيب الفروق للقرافي وهو من المالكية ج 2 طبعة 1344 هـ القاهرة ص: 110، 111.

وانظر كذلك الشافعية في الاشباه والنظائر للسيوطي طبعة 1378 هـ 1959 م تحت عنوان الابراء هل هو اسقاط أو تمليك ص: 171.

وانظر أيضا مغني المحتاج ج 02 ص: 194.

وانظر أيضا مجموع شرح المهذب ج 15 ص: 518 حيث جاء فيه على الخصوص ما يلي :

((الابراء اسقاط لا يفتقر الى القبول والهبة تمليك تفتقر الى القبول)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بأن الابراء تمليك محض وبالتالي فان الابراء عندهم يتوقف على ايجاب وقبول صريح لا يدع مجالا للشك ، ثم هنالك رأيا آخر في المذهبين أيضا على السواء يرى بأن الابراء عندهم يعتبر اسقاط محض كالطلاق والعتق وعليه فان الابراء عندهم لا يتوقف على القبول بل لا يرد حتى بالرد .

وبتدقيقنا في الأمر جليا نستطيع أن نقول بأن كلا الفريقين مغاليا في ترجيح أحد صفتي الابراء وعليه فاننا نرى من جهتنا بأن الابراء لابد أن ينظر اليه بصفته اسقاط وبالتالي فهو لا يحتاج الى قبول وننظر اليه أيضا بصفته تمليك وهو في هذه الحالة يرتد بالرد وسنعود إلى ذكر أى الرأى نرجح من بين الآراء المختلفة في الفقه الاسلامي وذلك بعدما نتعرض لباقي الآراء الأخرى لدى فقهاء ومذاهب الشريعة الاسلامية المختلفة ولعل من بين هذه المذاهب التي دلت بدلوها في هذا الصدد ما نجده لدى المذهب الحنبلي (1) اذ يذهب الكثير من فقهاء هذا المذهب الى القول بأن الابراء يعتبر اسقاط ويأخذ حكمه ، ومن ثم فانه يتم بالارادة المنفردة دون حاجة الى قبول وهذا ما نصت عليه المادة : 1657 من مجلة الأحكام الشرعية وهي على المذهب الحنبلي بقولها: ان الابراء اسقاط فلا يفتقر الى القبول ولا يعطل بالرد فمتى أبرأه من الدين برئت ذمة المدين وان رد هذا الابراء فلا تسمع دعوى الدائن(2)

كما نجد المذهب الظاهري يذهب فقهاؤه الى القول بأن الابراء اسقاط فلا يصح بالفاظ التمليك مثل أعطيت أو وهبت أو ملكت لأنه حسب فقهاء هذا المذهب لا يملك الا الشيء المادى المعلوم مكانه ، أما الأوصاف الاعتبارية أى المعنوية فانها لا تقبل تمليكا غير أنهم بالرغم من قولهم هذا فلقد استثنوا حتما الابراء بلفظ الصدقة واذا كانت من ألفاظ التمليك لأن الله سبحانه وتعالى يقول في محكم تنزيله :

((وديـة مسلمة الى أهلـه الا أن تصدقوا)) (3)

وعليه فلقد قالوا بأن التصدق في الآية يكون بتنازلهم وابرائهم كما استدلوا بما روى عن أبي سعيد الخذرى حين قال:

---

(1) أنظر في هذا المعنى كشاف القناع في فقه الحنابلة ج 2 المرجع السابق ص: 477.

(2) أنظر مجلة الأحكام الشرعية دراسة وتحقيق الدكتور عبد الوهاب ابراهيم سليمان والدكتور محمد ابراهيم أحمد علي الطبعة الأولى : 1401هـ 1981م ص: 503.

(3) سورة النساء آية : 92.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أصيب رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تصدقوا عليه ، والخطاب هنا موجه لغرمائه أي لدائنيه وتصدقهم انما يكون بابرائه مما لهم قبله من دين(1) .

ونخلص من كل ما تقدم فيما يتعلق بطبيعة الابراء في الشريعة الاسلامية أن أساس الخلاف بين علمائها فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للابراء يتمثل في كون الابراء يتوقف على القبول أو عدم توقفه عليه والاختلاف هذا راجع في الواقع الى أمر أساسي أيضا وهو هل الابراء اسقاط فلا يفتقر الى القبول كالطلاق والعتاق أم هو نقل وتمليك لما في ذمة المدين فيحتاج الى القبول كما لو ملكه بالبيع أو الهبة أو بغيرهما أم هو مشتمل على كل من الاسقاط والتمليك فلا يتوقف على القبول نظرا للأول ويرتد بالرّد نظرا للثاني .

واذا رجعنا الى حقيقة الأمر لا يسعنا الا أن نقول بأن الرأى الذى جنح اليه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية ولا سيما منهم الحنفية هو الذى يحتاج الى الترجيح لما ينطوى عليه من سداد الرأى ودقة النظر وهو يتماشى مع منطق وطبيعة الابراء (2) .

ولعل من المفيد ذكر ملخص لرأى هذا الجمهور من الفقهاء والمتمثل فيما يلي:

ان الابراء لا يعتبر تمليكا محضا ولا اسقاطا محضا بل يشتمل على كل منهما لأن الدائن بابرائه المدين يكون قد اسقط حقه الثابت قبله وفي نفس الوقت قد ملكه لما في ذمته من الدّين .

اذا ونحن نتكلم على طبيعة الابراء في الفقه الاسلامي فانه يتعين علينا أن نراعي في طبيعته كلا من صفة الاسقاط وصفة التمليك وهكذا فان الابراء في الفقه الاسلامي لا يتوقف على القبول لما فيه من الاسقاط ويرتدّ بالرّد نظرا لما فيه من التمليك .

أما بالنسبة للقول بأن المنة في الابراء قد تعظم وهي تضر بذوى المروءات والأنفات وخاصة اذا كان صاحب الدين من السفلة أو أن للمدين مصلحة مادية

---

(1) أنظر في هذا المعنى المحلى لابن حزم ج 09 طبعة 1350هـ ص: 117

(2) أنظر في هذا المعنى فقه الحنفية في تكملة ابن عابدين ج 02 ط 1325هـ ص: 47 .
وانظر أيضا في هذا المعنى فقه المالكية : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 4 طبعة 1309هـ ص: 199 .
وانظر كذلك في هذا المعنى الاشباه والنظائر للسيوطي طبعة 1938 ص: 171 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أو معنوية في دفع الدّين فيجب اذا أن تتوقف صحة الابراء على قبول المدين للابراء وهذا نفيا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها أو من غير حاجة اليها .

لكن هذه الحجة في الواقع مردود عليها بأنها تكون مقبولة اذا لم يجعل للمدين الحق في الرّد ولكن مادام المشرع الاسلامي قد أعطاه حق الرّد حتى يتمكن من دفع الضرر ان كان هناك ضرر عليه أو من مصلحة في الوفاء بالدّين(1) .

وهكذا نكون قد انتهينا من بحث طبيعة الابراء في الفقه الاسلامي بتوصلنا الى الرأى الراجح الذى قال به جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية الغراء ونحن بدورنا نرجحه ونرى بأنه يجب العمل به نظرا لما ينطوى عليه من صواب وسداد الرأى مما أدى بمختلف التشريعات العربية الى الأخذ به كما سنرى فيما بعد ونحن نتكلم على طبيعة الابراء في القانون المدني وهذا ما سننتقل اليه في المطلب الآتي :

المطلب الثاني
طبيعة الابراء في القانون المدني

من خلال قراءتنا للنصوص القانونية التي تحكم الابراء وحسب التعريفات التي أوردناها فاننا نجد بأن الابراء يتميز بخصيصتين أساسيتين نوردهما فيما يلي :

الخصيصة الأولى : يعتبر الابراء من التصرفات القانونية الارادية سواء كان هذا التصرف يتم بارادة منفردة أو أنه يتم بارادتين وهذا حسب ما اتجه اليه كل تشريع وهو ينظم في أحكام الابراء من حيث انعقاده .

الخصيصة الثانية : ان الابراء يعتبر بصفة عامة من أعمال التبرع التي تتم بدون مقابل .

ونظرا لأهمية هاتين الخصيصتين للابراء فسنقوم بدراسة كل خاصية على حدى .

1 الابراء تصرف من التصرفات الارادية :

كما سبق لنا وأن ذكرنا من قبل بأن الابراء في القانون المدني يعتبر تصرف من تصرفات الارادة يهدف الى اسقاط الحق وقد نظمت مختلف التشريعات الوضعية الابراء في مواد القانون المدني ولقد جاءت هذه المواد القانونية مختلفة في أحكامها باختلاف موقف المشرعين والفقهاء في نظرتهم الى الابراء في كونه عقدا لا يتم الاّ

---

(1) أنظر في هذا المعنى تهذيب الفروق ج 02 المرجع السابق ص: 136 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

باتفاق ارادتي الدائن والمدين أم أنه يكفي في صدوره ارادة الدائن وبذلك فهو يتم بارادة منفردة دون حاجة الى قبول المدين .

واذا أردنا التدقيق في هذا الأمر جليا لوجدنا أن التشريعات والفقه الغربي يختلف عن التشريعات العربية وعن الفقه الاسلامي في نظرتهم الى طبيعة الابراء .

فبالنسبة للتشريعات الغربية والفقه سواء منها اللاتينية أو الجرمانية (1) فانه مجمع على أن الابراء لا يتم الا باتفاق ما بين الدائن والمدين سواء باتفاق صريح أو ضمني وبعبارة أخرى فانه لا بد من ايجاب من طرف الدائن وقبول من طرف المدين سواء كان قبول صريحا أو ضمنيا وعلى هذا فان الابراء في ظل هذه التشريعات يخضع للشروط والقواعد العامة التي تخضع لها العقود العادية (2) .

أما بالنسبة للفقه الاسلامي وطبقا للرأي الراجح فيه وأغلبية التشريعات العربية والفقه العربي الحديث فان الابراء يعتبر من التصرفات القانونية التي تتم بارادة منفردة من طرف الدائن ولم يخرج عن هذا الاجماع سوى المشرع اللبناني في قانون العقود والموجبات اللبناني الذي يعتبر الابراء في المادة : 338 منه تصرف ارادي لا يتم الا باتفاق أصحاب الشأن وموقف المشرع اللبناني هذا ربما يعود الى جذور تاريخية ترجع أصلا الى واضعي قانونه المدني حيث جعلوا من الابراء عقد وهذا حسب مذهبهم الغربي وكذلك القانون المدني المصري القديم الذي كان يعتبر الابراء اتفاق حسب ما يزعم دارسي القانون المدني المصري القديم وان كنا نحسن لا نذهب الى ما ذهب اليه (3) هؤلاء الفقهاء أما ما عدا هذين التشريعين فان التشريعات العربية متفقة على أن الابراء يعتبر تصرف يتم بارادة منفردة وهذا بصريح النصوص القانونية فيها (4) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 8 ، 9

(2) أنظر في هذا المعنى ما مر من هذا الكتاب ص: 9

(3) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 14 وما بعدها .

وانظر أيضا المادة : 180 من القانون المدني المصري القديم .

وانظر المواد العربية التالية :

(4) المادة : 305 ق . م . م ج ـ المادة : 371 من القانون المدني المصري المادة : 350 من مجلة الالتزامات التونسية ـ المادة : 445 قانون مدني أردني . المادة : 422 ق . م . عراقي .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وللقول بأن الابراء يتم بارادة منفردة أو بارادتين فانه يترتب على ذلك آثار هامة تختلف باختلاف احدى الحالتين ، وقبل أن نتعرض لهذه النتائج بالتفصيل نرى بأنه يتحتم علينا الوقوف على موقف المشرع الجزائري فيما يخص طبيعة الابراء وهذا طبقا لأحكام المادتين : 305 و 306 الخاصتين بتنظيم أحكام الابراء وذلك قصد معرفة ما اذا كان المشرع الجزائري أراد بالابراء أن يكون بارادة منفردة ويكون بذلك قد سار جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وأغلبية التشريعات العربية التي اتجهت هذا الاتجاه أم أنه أراد بالابراء أن يكون اتفاق بين الدائن والمدين حسب ما يذهب اليه بعض شراح القانون المدني الجزائري وبذلك يتفق مع التشريعات الأجنبية وحتى يتسنى لنا معرفة ذلك نرى بأنه يجب علينا أن نتعرض لكل من مفهوم الايجاب والقبول وهذا طبقا القواعد العامة وحالة السكوت الذي يستنتج منه القبول وهل أن الابراء يعتبر دائما وأبدا من أعمال التبرع التي هي نافعة للمدين نفعا محضا أن السكوت وعدم رفضه يعتبر قبولا وبالنتيجة التي ننتهي اليها نستطيع أن نعرف طبيعة الابراء في القانون المدني الجزائري اذا ما يتم بارادة منفردة أم أنه اتفاق لا بد فيه من قبول المدين سواء كان هذا القبول صريحا أو ضمنيا أو عن طريق السكوت وهذا طبقا للاستثناءات القانونية التي أتى بها المشرع الجزائري .

لقد سبق لنا وأن ذكرنا من قبل وأن التشريعات الحديثة مختلفة في تكييفها للابراء فمنها من اعتبرته اتفاقا وهي التشريعات الغربية بصفة عامة والقانون اللبناني والقانون المصري القديم ويؤيدها في ذلك الفقه أيضا بصفة عامة .

ومن التشريعات التي اعتبرته يتم بارادة منفردة دون حاجة الى قبول من المدين ولكن يرتد برده ويصبح باطلا كما عبرت عنه المادة : 305 من القانون المدني الجزائري (1) وبهذا الرفض يصبح لاغيا لاقيمة له ، ولكن لانعتقد بأن هذا يعني وأن الابراء طبقا للقانون المدني الجزائري اتفاق وهذا حسب ما يرى بعض شارحي القانون المدني الجزائري الذين يكونون قد تأثروا الى حدّ بعيد بالفقه الغربي دون أن يدققوا في الأمر جليا في فحوى المادة : 305 ق . م . ج اذ أن الابراء حسب المادة 305 الجزائرية يتم بمجرد رضاء الدائن ووصوله الى علم المدين دون حاجة الى قبوله وعليه فلا يستطيع الدائن الرجوع فيه بمجرد رضائه به كما هو الحال بالنسبة للايجاب الغير المحدد المدة كما سنرى فيما بعد .

---

(1) أنظر ما سبق ذكره في هذا المعنى من هذا الكتاب ص: 17 .

All Rights Reserved Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اذا فهناك من شارحي القانون المدني الجزائري من يرى أن الابراء لا يعتبر تصرف بارادة منفردة كما يبدو من أول وهلة وانما هو تصرف ذو طبيعة اتفاقية (1) وحجتهم في ذلك حق الرفض الذي أعطاه المشرع للمدين وما سكوته وعدم رده ما هو الا قبول ولا سيما وأن الابراء من اعمال التبرع التي يكون سكوت الشخص فيها قبولا وخاصة وأن التبرع يدخل تحت الحالات التي استثناها المشرع الجزائري في صلاحية السكوت للتعبير عنها باعتبارها نافعة له نفعا محضا .

أما اذا قام المدين برد الابراء فانه يصبح لاغيا لاقيمة له ويبقى الدين قائما في ذمة المدين مما يدل حسب ما يذهب اليه هؤلاء الشراح الا أن ارادة الدائن في الواقع لا تكفي وحدها لقيام الابراء وانما لا بد من تدخل ارادة المدين وتدخله هذا اما أن يكون بالسكوت وما هو في الواقع الا قبول وأما بالرفض الصريح وهنا يصبح الابراء باطلا لا فائدة منه .

وللتسليم بأحد الرأيين نرى بأنه يتعين علينا الرجوع الى تحليل طبيعة الايجاب والقبول في العقود العادية ومدى الزاميتها لطرفي العقد وهل هي طبيعة واحدة مع ابراء الدائن للمدين باعتباره ايجابا منه موجها الى المدين وحق عدم الرفض الذي أعطاه المشرع للمدين يعتبر قبولا للابراء .

وبمفهوم المخالفة لا بد من قبول المدين للابراء ، وحتى نطلع على كل هذه المسائل قصد الوصول الى الحقيقة التي يرمي اليها المشرع الجزائري وهو ينظم لأحكام الابراء لابد لنا من معالجة معنى الايجاب والقبول من حيث مفهومها وشروط تطبيقها ثم نتعرض بالتحليل لنص المادة : 305 ق.م.ج ومدى تناسب أحكامها مع القواعد العامة لانعقاد العقد وهذا دائما للشروط التي يتطلبها أي عقد ، أم أن أحكام هذه المادة لا تتناسب ولا تتماشى مع أحكام القواعد العامة وانما حكمها يخضع لقواعد خاصة بالابراء الذي يتم بالارادة المنفردة .

معنى الايجاب والقبول :

يقول الحنفية بأن الايجاب هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين والقبول

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور نور الدين تركي في كتابه الالتزامات المرجع السابق ص: 251.

les obligations :Rosponsabilité civile et régimé généralo
Juin 1962 - page 251.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الثاني (1) .

وقال غير الحنفية الايجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك والقبول هو ما صدر من المتملك ، فالبائع في عقد البيع مثلا هو الموجب دائما والمشترى هو القابل سواء صدر كلام البائع أولا أو ثانيا .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف في تعريف الايجاب والقبول من طرف فقهاء الشريعة الاسلامية فاننا نعتقد أن ما ذهب اليه الحنفية هو الصواب وخاصة وأن كلمة قبول مشعرة بأن شيئا تقدمها حتى يكون هناك معنى للقبول فكان الأنسب اذا ما ذهب اليه الحنفية .

أما في القانون المدني فالايجاب هو التعبير البات عن ارادة أحد الطرفين صادر من موجهه الى الطرف الثاني سواء كان هذا الطرف معينا أو غير معين بقصد ابرام العقد بينهما ، أما القبول فهو النية القاطعة في احداث الأثر القانوني كمقابل للايجاب ويكون مطابقا له تمام الانطباق (2) .

وتأسيسا على كل ما تقدم نقول بأن صدور الايجاب والقبول في العقود العادية لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب أن يتلاقيا ويعلم كل من المتعاقدين بالايجاب والقبول فاذا تم هذا العمل انعقد العقد كما أن الموجب يستطيع أن يرجع عن الايجاب قبل قبول الطرف الآخر وهذا اذا لم يكن الايجاب محددا بمدة وهذا ما نصت عليه المادة 65 ق م ج بقولها :

((اذا عين أجل للقبول التزم الموجب البقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل ما لم يستخلص الأجل من ظروف الحال ومن طبيعة المعاملة)) ، ويفيد النص على لزوم الايجاب في هذه الحالة وأن الايجاب غير لازم فيما عداها وهذا ما أوضحته المادة 64 من القانون المدني الجزائري بقولها :

((اذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا)) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى فتح القدير ج 02 ص : 244 أشار اليه الأستاذ بدران أبو العينين بدران في كتابه الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود طبعة 1968 ص : 369 هامش رقم 02 .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص 33 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما بالنسبة للابراء فان الالتزام ينقضي به بمجرد أن يبرأ الدائن مدينه مختارا ويتم متى وصل الى علم المدين ولم يتطلب قبولا كما هو موجود في العقود العادية المادة: 305 ق . م . ج .

ويرى الدكتور مصطفى الزرقاء في هذا الصدد في شرحه للقانون المدني سوري وهو يتكلم عن المادة : 369 قانوني مدني سوري التي تقابل المادة : 305 م . ج ، والمادة : 371 من القانون المدني المصري مايلي :

لاينافي اشتراط وصول الابراء الى علم المدين وقابليته للرّد ، القول بأن الابراء تصرف بارادة منفردة .

اذ أن اشتراط وصوله الى علم المدين ليس بقصد القبول بل هو لتمكين المدين من ردّه ان شاء وأما قابليته للرّد فليس معناها أنه يحتاج الى قبول لأن هذا الرّد يحصل بعد تمام الابراء أي أنه تصرف تالي للابراء (1) .

وحق الرفض الذي أعطاه المشرع للمدين يمكن تبريره أيضا أنه لايجوز تحميل شخص منة من غيره رغما عنه ، ولحل ما يمكن المقارنة به في هذا الصدد هو القرار اذ أنه يرتدّ بالرّد مع أنه يتم باعتراف المقر وحده دون موافقة من المقر له المادة : 341 ق . م . ج كما أنه لوكان قبول المدين للابراء أمرا لازما لوقوعه لكان من الجائز للدائن أن يرجع عنه قبل أن يصدر من المدين القبول كما هو الشأن بالنسبة للعقود العامة التي لايكون فيها الايجاب محددا بمدة معينة سواء باتفاق أو باستنتاجه بطبيعة المعاملة وقد جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية ج 03 ص: 294 مايلي : تعليقا على أن الابراء تصرف من جانب واحد يجب ملاحظة مايلي :

صور المشرع الابراء في المشروع تصويرا جديدا اذ جعل منه تعبيرا عن الارادة يصدر من جانب واحد ويرتب آثاره متى وصل الى علم المدين دون أن يعترض عليه بعد أن كان تعاقدا لايتم الا برضاء هذا المدين وهذا التصوير نقل عن الشريعة الاسلامية وهو بغير شك أدنى ما يقتضيه العقل والمنطق (2) .

(1) أنظر الدكتور مصطفى الزرقاء في كتابه شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العامة الكتاب الثاني أحكام الالتزام الطبعة الأولى سنة 1965 فقرة: 295 ص: 446 ، 447 .

(2) أنظر في هذا المعنى الوسيط للسنهوري ج 03 المرجع السابق ص: 965 ، 976 .
وانظر أيضا الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في أحكام الالتزام فقرة 300 ص: 476 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهذا التكييف الذى اتفق عليه جمهور فقهاء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون الوضعي للدول العربية يغلب عليه الطابع المادى للالتزام على الطابع الذاتي .

فالالتزام قيمة مالية تدخل في حيازة الدائن ضمن العناصر الايجابية التي تشتمل عليها ذمته المالية اذا فيستطيع النزول عنه بارادته المنفردة كما يستطيع النزول عن الحق العيني .

وننتهي من كل ما تقدم فيما يخص طبيعة الابراء الى القول بأنه في القوانين العربية ماعدا منها القانون اللبناني الذى يعتبره اتفاقا وهذا بصريح المادة 339 يعتبر تصرف ارادى يتم بارادة منفردة من طرف الدائن وبذلك يختلف الابراء ظل هذا القولين كل الاختلاف عن العقود التي لا تتم الا باتفاق الطرفين سواء كان هذا الاتفاق صريح أو ضمني أو حتى السكوت في بعض الحالات (1) .

أما الابراء فانه يتم بمجرد رضاء الدائن ووصوله الى علم المدين (2) واذا ردّه هذا الأخير أى المدين فان هذا الرّد يكون تاليا للابراء ويعود الدّين مرة ثانية الى ذمة المدين بعدما سقط بالابراء من قبل .

وهذا ما يمكن قوله بالنسبة للقوانين العربية (3) ، أما اذا رجعنا الى القانون المدني الجزائرى والى أحكام نص المادة : 305 من هذا القانون والتي تنظم الابراء الى جانب المادة : 306 فنقول أن الابراء يتم بالارادة المنفردة للدائن دون حاجة الى قبول المدين وهذا تماشيا من المشرع الجزائرى مع المشرع المصرى والتشريعات العربية الأخرى التي استاقت هذا الحكم الخاص بالابراء من الشريعة الاسلامية ولعل ذكر الملاحظات التالية فيما يخص هذا الشأن يعزز رأينا ويدعم الاتجاه الذى نريده وهو أن الابراء يتم بارادة منفردة وبالتالي يكون الابراء طبقا للقانون المدني الجزائرى ذو طبيعة متشابهة مع ما توصل اليه الفقه العربي فيما يخص انعقاده أى أنه يتم بالايجاب دون اشتراط القبول من طرف المدين واذا قلنا غير ذلك نكون قد حملنا النص الصريح ما لا يطيق بل يكون هناك تناقض بين حقيقة المادة والشرح الذى أتى به بعض الشارحين

---

(1) أنظر في هذا المعنى المواد التالية : من القانون المدني الجزائرى المادة: 60، 68

(2) أنظر المادة : 305 من ق م ج وتقابلها المادة 371 من القانون المدني المصرى .

(3) 371 ق م م — 358 قانون مدني ليبي — 369 مدني سورى المادة: 421 مدني عراقي المادة : 445 مدني أردني المادة : 351 قانون التجارة لدولة الكويت المادة 305 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1960 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للقانون المدني الجزائري .

والملاحظات الجديرة بالذكر في هذا المقام نجملها فيما يلي :

1) لو كان المشرع الجزائري يعتبر الابراء تصرف ارادي ذو طبيعة اتفاقية اذا لا ينص على ذلك صراحة أو يجعل استنتاجه ضمنيا كما فعلت التشريعات التي اعتبرت ابراء لا يتم طبقا لأحكامها الا باتفاق الدائن والمدين(1) .

2) ان المتأمل لنص المادة : 305 من القانون المدني الجزائري وهي تتكلم عن قيام الابراء يجد أنها تنطبق مع نص المادة : 371 من القانون المدني المصري من حيث المحتوى وان كانت تختلف عنها في الصياغة في بعض أجزائها ولكن المعنى العام واحد اذ أن الابراء في كلتا المادتين يتم بمجرد وصوله الى علم المدين ولكن اذا رفضه يصبح باطلا ولكن هذا الرفض يأتي في الدرجة الثانية أي بعد تمام الابراء .

اذا فما قلناه بالنسبة للتشريعات العربية فيما يخص طبيعة الابراء ينطبق ويمكن قوله بالنسبة لنص المادة : 305 من القانون المدني الجزائري .

3) بما أن النص الجزائري يؤكد النص المصري والنصوص العربية الأخرى اذا استثنينا بعض الاختلاف فيما يتعلق بالصياغة التي لا تدخل بالمعنى العام الذي يماشي والنصوص العربية المذكورة آنفا والتي أجمع فيها الفقه العربي ولا سيما منه المصري على اعتبار الابراء في هذه القوانين يتم بالارادة المنفردة للدائن وأحكامه مأخوذة من أحكام الفقه الاسلامي فان هذا القول يمكن تطبيقه أيضا على نص المادة : 305 من القانون المدني الجزائري .

4) ان القول بأن الابراء يعتبر عملا من أعمال التبرع التي تعتبر نافعة للمتبرع نفعا محضا فيمكن تفسير سكوت المدين فيها بأنه قبولا (2) وبالتالي فهو اتفاق ويندرج تحت أحكام المادة : 68 ق.م.ج ، فاننا نرى من جهتنا بأن هذا القول يعتبر محل نظر في الواقع أن الابراء الذي يقوم به الدائن لمصلحة المدين هو عمل تبرعي من طرف الدائن اذ لا يأخذ عنه شيئا وهذا كقاعدة عامة ، ولكن اذا نظرنا اليه من جهة المدين فنجده إما أن يكون نافعا أو مضرا به كأن يكون للمدين مصلحة مادية أو أدبية في الوفاء بالدين وما حق الرفض الذي أعطاه المشرع للمدين الا وسيلة ليدفع عن نفسه ذلك الضرر .

---

(1) المادة : 338 ق.ع. لبناني — 1285 ، 1287 ق.م. فرنسي .

(2) أنظر المادة: 468 ق.م.ج حيث جاء فيها ما يلي : ((ويعتبر السكوت في الرّد قبولا اذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو اذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

5) ان التصرفات التي تتم بالارادة المنفردة يحق فيها للمستفيد منها ردها واذا سكت فهو قد قبلها وهي نافعة له نفعا محضا فهل معنى ذلك أن هذه التصرفات الارادية لا تتم بارادة منفردة ويمكن اعدادها أيضا ضمن التصرفات الاتفاقية وهذا مسالم يقل به أحد ولعل الوصية وهي من التصرفات الارادية التي تتم بالارادة المنفردة أحسن مثال على ما نقول اذ أن للموصى له الحق في أن يقبل الوصية أو يرفضها بعد وفاة الموصي وهذا ما نصت عليه المادة : 197 من قانون الأسرة الجزائرية بقولها :

((يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنيا بعد وفاة الموصي)) .

كما نصت المادة : 198 من نفس القانون على مايلي :

((اذا مات الموصى له قبل القبول فلوريثه الحق في القبول والرّد)) .

كما نصت المادة : 201 من قانون الأسرة أيضا على مايلي :

((تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها)) .

وخلاصة كل ما تقدم فيما يتعلق بطبيعة الابراء في القانون المدني الجزائري من خلال النصوص والحجج التي أوردناها في هذا الصدد يمكن لنا أن ننتهي الى القول بأن الطبيعة القانونية للابراء في القانون المدني الجزائري وفي التقنينات العربية التي تماثله يتميز بأنه تصرف قانوني يتم بالارادة المنفردة كما أنه يتم على سبيل التبرع من دون مقابل ولا يشترط فيه أي شكل خاص وعليه فنتناول بيان وشرح كل هذه النقاط بالتفصيل في الفروع الآتية .على أن نرجي خصيصة الشكلية عند دراستنا لشروط الابراء

الفـــــرع الأول

الابراء تصرف بارادة منفردة صادر من جانب واحد

قبل أن نتعرض للابراء باعتباره تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد نرى بأنه يتعين علينا أن نتعرض لمعنى التصرف في اللغة .

يقال تصرف فلان في الأمر تقلب في صرف الأمر أي دبره ولقد قال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله : ((ولقد صرفنا للناس في هذا القرآن من كل شيئ)) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى المعجم الوسيط باب الصاد ج 01 ص: 515 طبعة 1380هـ الموافق 1960م .

وانظر أيضا لسان العرب ج 11 ص: 93 بدون تاريخ .

وانظر كذلك القاموس المحيط باب الفاء وفصل الصاد ج 03 ص: 61، 62

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والتصرف قد يكون بمعنى الحيلة ومنه قولهم أنه ليتصرف في الأمر والمتصرف في الأمور بمعنى المجرب لها (1) .

وبعد هذا التعريف لكلمة التصرف في اللغة نرجع الى مناقشة فكرة الابراء بوصفه تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد فنقول أولا أن التصرف القانوني Acte Juridique هو عمل الارادة حين تتجه الى احداث أثر قانوني معين هو كسب حق أو نقله أو انهاؤه (2) .

ويعرف الأستاذ جوسران التصرف القانوني بأنه هو العمل الارادى الذى يأتيه الشخص بقصد احداث آثار قانونية (2) .

وقد يكون هذا التصرف القانوني صادرا من جانب واحد أى تصرفا انفراديا كالابراء في القانون المدني الجزائرى والوعد بجائزة والنزول عن حق انتفاع أو رهن وكذلك اجازة العقد القابل للابطال فكل هذه التصرفات تعتبر تصرفا

---

(1) أنظر في هذا المعنى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد وهي رسالة للأستاذ أحمد سلامة بالفرنسية بعنوان: L'engagement unilatéral à travers les droits anciens et la doctrine contemporaine.

هذه الرسالة منشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية لجامعة عين شمس ص: 39 العدد الثاني الصادر في يوليو 1963 والعدد الأول الصادر في يناير 1964 والعدد الثاني الصادر في يوليو 1964 .

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ جوسران في شرح القانون الفرنسي ـ ج 03 ص: 7 طبعة ثانية 1933 .

فقد جاء فيه على الخصوص مايلي:

l'acte juridique est celui est accompli en vue de produire des effets juridiques.

وانظر أيضا في هذا المعنى الدكتور جميل الشرقاوى عن طبيعة المحل والسبب منشور بمجلة القانون والاقتصاد يونية 1964 ص: 27 وما بعدها .

وانظر أيضا التصرف القانوني والواقعة القانونية للأستاذ الدكتور السنهورى (محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا بجامعة القاهرة عام 1953 ، 1954 ص: 03 وما بعدها أشار الى هذا المرجع الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 37 هامش رقم 02 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

انفـراد يا من جـانب واحد كما قد يكون التصرف القانوني صادرا من الجانبين أى لا يتـم الا بتوافق ارادتين كما في الابـراء بالنسبـة للقانون المدني الفرنسي والقوانين الأروبيـة الأخرى والقانون المدني اللبناني وكعقد البيع وعقد الايجار .

ومن هنا يتضح بأن التصرف القـانوني يختلف باختلاف كـونه **تصـرفـا** صـادرا من الجانبين فالأول يتـم مـن جـانب واحد وليس فيـه أيجـاب كما أنه ليس تصرفا ملزما للجانبين أوعقدا مـن العقـود ، أمـا الثانـي فهو تصـرف يتم بتوافق ارادتين أى أنـه لابـد فيـه من ايجـاب من طرف الأول وقبـول من الطرف الثاني وهو عقد ملزم للجانبين في أغلب الأحيـان .

ومـن المقـرر في التشريع المدني والفقه أن الارادة المنفردة تعتبـر مصـدرا من مصـادر الالتـزام الى جـانب العقـد مثـل ما قـرره المشرع الجزائرى في القـانـون المدني الصادر 1975 وهـذا فـي مـواد متفـرقة اذ اعتبـرها مصدرا استثنائيا بجانب العقد وهـذا تماشيـا منه مـع المشرع المصرى والاتجـاه الحديث في الفقـه والتشريـع الحديث المقـارن كما هو الشـأن في القانون الألمـاني والسويسرى والبولوني والايطالي الا أن هناك مذهب ألمـاني ينادى بجعل الارادة المنفـردة وحدهـا هي مصـدر كـل التزام وحجتـه في ذلك أن هـذا هـو مقتضى مبدأ سلطات الارادة اذ أنه اذا كـانت ارادة المدين ملـزمة له عنـد اقترانهـا بارادة الدائن فـان قوتها الملزمة لابـد وأن تكون قـد توفـرت لها من قبـل هـذا الاقتران أمـا رضـاء الدائن ما الأمجـرد انضمام وعلى هـذا الأسـاس هناك من التشريعات مـن جعلت هذه الارادة مصـدرا عـامـا للالتـزام الى جـانب العقـد كمـا فعل المشـرع الأردنـي في القانون المدني الصادر سنة 1976 اذ نصت المادة : 250 من هذا القانون على مايلي :

((يجوز أن يتـم التصرف بالارادة المنفـردة دون توقـف على قبول مالم يكن فيـه الزام الغير بشيء ما وذلك طبقا لمايقضي به القانون)) (1) .

ومهمـا يكـن مـن أمر هـذا الخـلاف في موقف التشريعات والفقـه فـان الارادة المنفـردة تعتبـر مصـدرا من مصادر الالـتزام بجـانب العقـد وهي في تصويرها كمـا سبق وأن ذكرنا من قبل تعتبـر عملا قانونيـا صادرا من جـانب واحد وقد تكون سببا في نشـوء الحق العيني كما في الوصية (2) وقد تكون سببا لسقـوطه كما في النزول عن الحق

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السـابـق ص: 131، 132 .

(2) أنظر المادة 184 من ق . س . ج حيث تنص على مايلي : الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريقة التبرع .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الارتفاق أو حق الرّهن (1) وقد تثبت حقا شخصيا عن العقد الباطل كما في حالة الاجازة (2) وقد تسقط الحق الشخصي كما في حالة الابراء وهو موضوع رسالتنا وهو تصرف صادر بارادة منفردة في القانون المدني الجزائري ويرد لانهاء الحق (3) .

وفقهاء الشريعة الاسلامية يعرفون التصرف بأنه كل ما صدر عن الشخص من أقوال وأفعال ويرتب عليها المشرع عدة من النتائج (4) .

وترجع هذه النتائج الى التعريف السابق اذ أن حسب هذا التعريف أن التصرفات تنقسم الى قسمين تصرفات قولية وتصرفات فعلية .

. فالتصرفات القولية هي ما يصدر عن الشخص من أقوال ويرتب عليها المشرع أحكاما وهي كما يلي :

أ ـ تصرفات تمليكية كالبيع والشراء والاجارة والزواج .

---

1) أنظر المادة : 965/2 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على مايلي :

ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : اذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، غير أنه اذا كان الشيء ممتلا بحق تقرر لمصلحة الغير فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الا برضاه .

2) المادة : 100 ق . م . ج يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية .

3) المادة : 305 ق . م . ج .

4) أنظر في هذا المعنى المراجع التالية :

أ ـ محمد مصطفى شلبي في كتابه المدخل للفقه الاسلامي طبعة 1956 ص: 508 .

انظر أيضا بحث للأستاذ الدكتور محمود محمد الطنطاوي منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصاد جامعة عين شمس العدد الأول يناير 1973 ص: 02 ، 12 .

وانظر أيضا الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور في كتابه المدخل للفقه الاسلامي طبعة 1960 ص: 508 .

وانظر أيضا كتاب البدائع للكساني ج: 07 طبعة 1328هـ 1970م ص: 170 ، 171

وانظر كذلك في معنى التصرف بحث للمرحوم الشيخ الأستاذ زكريا البرديسي ص: 211 وهو منشور بمجلة قضايا الحكومة العدد الثاني السنة الثانية عشر .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ب — تصرفات اسقاطية كابراء الدائن للمدين مما عليه من الدين .

جـ — تصرفات توثيقية كالرهن والكفالة .

أما التصرفات الفعلية فهي ما يصدر عن الشخص من أعمال مادية وقد تكون هذه التصرفات مفيدة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد . وقد تكون تصرفات ضارة كالغصب والاتلاف والسرقة والقتل .

ويتضح من كل ما تقدم أن التصرف القانوني إما أن يكون بارادة منفردة كالابراء في القانون المدني الجزائري والقوانين العربية التي تماثله في هذا التصوير واما هو تصرف لا يتم الا باتفاق الارادتين كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي والقوانين الأوروبية الأخرى والقانون اللبناني ويترتب على قولنا هذا عدة نتائج تختلف باختلاف ما اذا كان الابراء يتم بارادة منفردة أو يتم بارادتين أي باتفاق الدائن والمدين ويمكن أن نجمل هذه النتائج في النقاط التالية :

1) يكفي في التقنين المدني الجزائري والتقنينات العربية الأخرى التي تماثله في تنظيم أحكام الابراء على أنه يتم بارادة الدائن المنفردة اذ يكفي أن تصل هذه الارادة الى علم المدين وبذلك يتم الابراء وهذا من وقت العلم به دون ردّه ، أما في القانون الفرنسي والقانون اللبناني والقوانين الأخرى التي تسايرهم في اعتبار الابراء اتفاق فلا يكفي مجرد العلم به بل لابد من أن يصدر قبول من المدين للابراء ولا يتم هذا الابراء الا من وقت هذا القبول الذي قد يكون صريحا أو ضمنيا كما أن القضاء في فرنسا يصرح بأن سكوت المدين يعتبر قبولا اذا كان يعلم بالايجاب الصادر من الدائن (1) .

2) اذا أعلن الدائن عن ارادته في ابراء المدين ووصل هذا الاعلان الى علم المدين فلا يستطيع الدائن في التقنين المدني الجزائري أن يعدل عن الابراء بعد أن تم المادة (305 ق . م . ج) واذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الاعلان

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي في كتابه الالتزامات في القانونين المصري واللبناني ج 02 طبعة 1961 ص : 453 .

أنظر أيضا الدكتور أنور سلطان في أحكام الالتزام طبعة 1974 فقرة 447 ص : 404 .

وانظر أيضا أحكام الالتزام للدكتور اسماعيل غانم طبعة 1964 فقرة : 93 ص : 161 .

أنظر كذلك في الفقه الفرنسي هنري وليون وجان مازو في شرح القانون الفرنسي ج 02 طبعة 1966 فقرة : 1167 ص : 191 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الى علم المدين فان ذلك لا يمنع من تمام الابراء عند اتصاله بعلم المدين المادة (92 ع م ج) أما في التقنين المدني الفرنسي وكذلك القانون اللبناني والقوانين التي تشبههما في الحكم الذي يعتبر الابراء اتفاق، فادام لم يصدر من المدين قبول حتى بعد علمه بارادة الدائن فانه يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الابراء واذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول من المدين فان الايجاب يسقط ولا يجوز للمدين أن يقبل الابراء بعد ذلك ، هذا بالنسبة للدائن أما المدين فاذا مات قبل أن يقبل الابراء فان الابراء لا يتم وفقا للقانون الفرنسي والقانون اللبناني أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري والقوانين العربية التي تعتبر الابراء يتم بارادة منفردة فانه يتم اذا مات المدين أو فقد أهليته دون أن يرفض الابراء فان الابراء يتم ولا يؤخذ الدّين من تركة المدين وعلى هذا الحكم نص القانون المدني العراقي صراحة في المادة : 420 والمادة : 445 من القانون المدني الأردني بقولها :

((لا يتوقف الابراء على قبول المدين لكن اذا ردّه قبل القبول ارتدّ واذا مات المدين أهليته قبل القبول فلا يؤخذ الدّين من تركته ويصح ابراء الميت من دينه)) .

وهنا يتبادر الى الذّهن سؤال هام في محله وهو قولنا ألا يجوز لورثة المدين أن يردّوا الابراء بعد موت مورثهم ؟ وللاجابة على هذا السؤال لا بد من الوقوف أولا على أحكام التشريعات في ذلك ونقول من أول وهلة بأن لا القانون المدني الجزائري ولا القانون المدني المصري ولا القانون المدني العراقي تعرضوا لهذه النقطة وأعطوا حكمهم في ذلك .

أما بالنسبة للفقه فاننا نجد أن هناك جانب منه يرى بأنه لاعبرة بالرّد الذي يصدر من الورثة لأنهم ليسوا هم المدينين وعليه فهم لا يملكون حقّ الرّد لأن فاقد الشيء لا يعطيه كما يقال .

الفرع الثاني

الابراء تصرف على سبيل التبرع

يتبين من نصوص المواد التي تحكم الابراء في القانون المدني الجزائري وهما المادتين : 305، 306 والمواد التي تماثلها من القانون المدني المصري وهما أيضا المادتان: 371 ، 372 وغيرهما من القوانين الأجنبية الأخرى (1) ان الابراء فإلى

---

(1) 339 من قانون الموجبات اللبناني المادة : 370 قانون مدني سوري المادة : 421 قانون مدني عراقي .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

جانب كونه تصرف بارادة منفردة أو بارادتين وهذا حسب ما اتجهت اليه القوانين المختلفة فانه يتميز أيضا بأنه ينقضي به الالتزام بدون مقابل وبذلك كما ذكرت من قبل يتميز الابراء عن بقية أسباب الانقضاء الأخرى التي لا ينقضي بها الالتزام الا بمقابل اذا ما استثنينا منها استحالة التنفيذ والتقادم المسقط اللذان ينقضي بهما الالتزام أيضا وبدون مقابل (1) ، ومن حيث النتيجة المباشرة لهذا القول أن الابراء اسقاط يضيف الى ثروة المدين حقا لغيره دون عوض ولذلك كان في الابراء معنى التبرع الى جانب كونه اسقاطا وهذا ما صرحت به المادة : 306ق م ج والتي تقابل المادة 372ق م م بقولها ا(تسري على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع)) واذا دققنا في الأمر جليا فيما يتعلق بالتكييف الذي هو في الواقع مأخوذ من فقه الشريعة الاسلامية حيث يصرح فقهاؤها بقولهم :

ان الابراء يتضمن معنيين وهما الاسقاط والتمليك ، فمن حيث الاسقاط فانه يتبارادة المسقط وحدها ومن حيث فيه معنى التمليك بلا عوض فانه يقبل الرّد أو الرفض كما نص عليه المشرع الجزائري ، ومما يترتب على قولنا أن الابراء يعتبر من أعمال التبرع بسريان الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع وهذا بمقتضى المادة (306 ق . م . ج) وهذا فيما يتعلق بالأهلية والدعوى البوليصية ومرض الموت .

فمن حيث الأهلية فيجب أن تتوفر في الدائن المبرئ أهلية التبرع وتجري في شأنها أحكام القواعد العامة والتي سنعود لهذه الأحكام بالتفصيل عند ما نتعرض لشروط الابراء في هذا البحث ، أما فيما يتعلق بالابراء الذي يتم في مرض الموت فانه يعتبر في حكم الوصية ويأخذ أحكام سائر التبرعات التي تتم في مرض الموت (2) ولا يشترط في الابراء في هذه الحالة أن يكون في شكل الوصية ولكن يسري عليه حكمها من حيث الموضوع المادة : 776/ 1 ق . م . ج حيث تنص على ما يلي :

((كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف)) (3) .

---

(1) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 08

(2) أنظر في هذا المعنى بحث التزام التبرعات الشيخ أحمد ابراهيم المرجع السابق ص: 340 .

(3) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج 1 طبعة 1954 ص: 228 هامش رقم 02 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما اذا أوصى الدائن بابراء مدينه فان الابراء يعتبر وصية وتسرى عليه أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع وهكذا فاذا كان الابراء وصية فلا ينفذ الا من ثلث التركة ويجوز للموصي الرجوع فيه قبل موته ويسقط اذا مات الموصي قبل موت الموصي (1) .

أما من حيث الشكل فان الرسمية لا تشترط في الابراء حتى ولو وقع على التزام مصدره عقد شكلي سواء كان الشكل مفروض بحكم القانون أم كان مصدره الاتفاق .

أما فيما يتعلق بالطعن في الابراء بالدعوى البولصية فتجدر بنا الاشارة الى أن ذي بدء بأن الدعوى البولصية تقوم على أساس أن تصرف المدين السيئ النية يعتبر ضارا بالدائن وقد يترتب عليه انقاص الضمان العام فيجوز للدائن أن يطعن في هذا التصرف الضار به حتى لا ينصرف أثره اليه وبما أن الابراء يشتمل على معنى التبرع من طرف الدائن لمصلحة المدين فحينئذ يخضع الابراء للطعن بالدعوى البولصية من طرف دائني الدائن المبرئ حتى ولو كان من صدر اليه الابراء حسن النية وثبت أن المبرئ لم يرتكب غشا كما هو مقرر في حكم التبرعات التي يقوم بها المدين . وما دمنا نتكلم عن الطعن في الابراء بالدعوى البولصية اذا سلمنا بأنه لدائني الدائن الحق في الطعن في ذلك التصرف بالدعوى البولصية باعتباره تصرفا قد يكون ضارا بهم فهل يجوز من جهة أخرى لدائني المدين الذي يرفض الابراء الطعن في هذا الرفض بالدعوى البولصية أم لا يحق لهم ذلك ؟ وللاجابة على هذا السؤال يجب أن نقول من أول وهلة بأن هذه النقطة محل خلاف وعليه فسنرجيها الى ما بعد حينما نتكلم عن أحكام الابراء .

ونخلص من كل ما تقدم فيما يتعلق باعتبار الابراء عمل تبرعي الى القول بأنه لابد أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوفر في أي تبرع وهذا طبقا للقواعد العامة أما من الناحية الشكلية فبما أن الابراء تصرف تبرعي فهو كالهبة غير المباشرة مراعاة الشروط الشكلية التي يرتبها للهبة المباشرة وهذا ما نص

---

1) أنظر الأستاذ السنهوري الوسيط ج 01 المرجع السابق في الموضوع السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

عليه المشرع الجزائري في المادة : 206 من قانون الأسرة حيث جاء فيها مايلي :

((تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم الحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة بالمنقولات)) .

وما يستنتج من هذا النص أن حكم الهبة في قانون الأسرة الجزائري هو عقد عيني من جانب الشكلية بالنسبة للعقارات اذ أن نص المادة صريح في هذا الصدد بحيث يجب على الموهوب له أن يحوز الشيء الموهوب حتى تتم الهبة وأن تتم اجراءات التوثيق والشهر العقاري اذا كان الشيء الموهوب عقارا غير أن الابراء لا ينطبق عليه مثل هذه الأحكام لأنه هبة غير مباشرة وهكذا فانه لا يفرغ في أي شكل خاص وانما يتم بمجرد صدوره من الدائن حتى ولو وقع على تصرف كان يشترط لاجرائه أن يكون في شكل رسمي سواء نص عليه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

وبهذا نكون قد انتهينا من بحث الطبيعة القانونية للابراء سواء في الفقه الاسلامي أو القانون المدني وننتقل بعد ذلك مباشرة لبحث أنواع الابراء وهذا في مبحث ثالث الذي سنقسمه بدوره الى مطالب وفروع .

المبحث الثالث

أنواع الابراء

للابراء عدة أنواع تختلف باختلاف الزوايا التي ننظر منها اليه ، فاذا نظرنا اليه من حيث المحل نجد بأنه ينقسم الى نوعين ابراء عام وابراء خاص واذا نظرنا اليه باعتبار ذاته وجدناه ينقسم الى قسمين أيضا وهما الابراء المحض والابراء الذي يفيد معنى التمليك أما بالنظر اليه من حيث ما يمكن أن يعلق عليه وحسب صيغته فنجد بأنه ينقسم الى ابراء من الدعوى والابراء من الدين أو من حيث صيغته فهو ينقسم الى ابراء اسقاط وابراء استيفاء .

وقبل أن نبدأ في شرح كل نوع من هذه الأنواع وذلك بتخصيص مطالب لكل واحد من هذه الأنواع يجب علينا ملاحظة وذكر أن كلاً من المشرع الجزائري والمشرع المصري والتشريعات العربية الأخرى لم تتعرض لهذه الأنواع وانما تعرض لها الفقه الاسلامي وأسهب في شرحها فأعطى لها أوصافا وأحكاما يمكن تطبيقها في الحياة العملية ما دام التشريع الوضعي لم يتعرض لهذه الأنواع ولم يجعل لها أحكاما في ذلك .

وعليه فاننا نرى في أنه ليس هناك ما يمنع من العمل بهذه الأحكام وبالشروح

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التي جادت بها قرائح فقهاء الشريعة الاسلامية بل نرى أنه من الضروري العودة اليها عند الحاجة ولا سيما اذا علمنا بأن المشرع الجزائري قد نص في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الثاني للقضاء الجزائري اذ جاء في المادة الأولى من هذا القانون مايلي :

((يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية)) .

اذا فلدراسة أنواع الابراء أهمية خاصة ما دام لم ينظمها المشرع ولم يتكلم عن أحكام الابراء وعليه فسنقوم بتخصيص مطلب واحد لكل نوع من هذه الأنواع .

المطلب الأول

تقسيم الابراء باعتبار محله

ينقسم الابراء باعتبار محله الى نوعين : الأول ويسمى الابراء العام ، أما الثاني فيطلق عليه اسم الابراء الخاص .

النوع الأول من الابراء وينصب على كل ما عند المبرئ من الحقوق مثل أن يقول للمبرأ أبرأتك من كل الدين الذي هو لي قبلك أو أن يبرأه من جميع الدعاوى والحقوق التي له قبل هذا المدين أو قبل أشخاص معينين اذ يشترط في الابراء كما سنرى فيما بعد أن يكون المبرأ معينا (1) .

أما الثاني وهو الابراء الخاص وهو ما انصب على حق معين كأن يقول الدائن

---

(1) أنظر في هذا المعنى كتاب ردّ المختار لابن عابدين ج 04 ص: 493 وقد ذكر هذا الفقيه مايلي :

لو أبرأ أحد آخر ابراءا عاما من كل حق ودعوى صح ذلك ويعمل به مستقلا عن الصلح حتى وان لم يذكر في التعبير قوله أنه غير داخل تحت الصلح وعليه فان فساد الصلح لا يؤدي الى فساد الاقرار ولا الابراء لكونه غير خاص بتلك الدعوى التي وقع عليها الصلح ، بعكس اذا لم يكن الابراء عاما كأن يدعي أحدهما على الآخر حقا معينا ثم تصالحا على شيء وأقر أحدهما العين لصاحبه وأبرأ كل واحد منهما الآخر عن دعواه ضد الآخر ثم فسد الصلح فيفسد في كل هذه الحالة كل من الاقرار والصلح والابراء لابتنائه على الصلح وله العود الى دعواه الأولى التي جرى عليها الصلح .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدين أبرأتك من هذا الحق الذي لي عندك واذا قال الدائن لمدينه قبل أن يقبض منه دينه أبرأتك من الدّين الذي لي عليك صح الابراء وسقط الدّين سواء أراد براءة الاستيفاء أم براءة الاسقاط فالأول يعتبر اقرار بالاستيفاء والمقر عامل باقراره كما يقال ، والثاني انشاء للتنازل ممن يصح منه ذلك التنازل وقد صادف محلا وهو يتمثل في الدّين الذي هو في ذمة المدين فسقط به أي بالتنازل أما اذا قال له ذلك بعد القبض أي بعد ما قبض الدائن الدّين من المدين كان حمل كلامه على براءة الاستيفاء أقرب لأنه لم يصادف دينا في الذمة ليحمل على براءة الاسقاط من قوله هذا باعتبار الواقع وذلك هو الأصل في استعمال الجمل الخبرية أما اذا صرح بأنه يريد ابراء اسقاط وكان قد قبض الدّين كما ذكرت من قبل ففي هذه الحالة يكون انشاء التنازل عن الدّين ويحق للمدين في هذه الحالة أن يرجع على الدائن بمقدار ما اسقط منه أما بالنسبة لحكم هذا النوع من الابراء فتجب التفرقة ما بين اذا كان هذا الابراء عاما أو خاصا ، فاذا كان الابراء عاما سقطت به جميع الحقوق القائمة وقت صدوره وتبرأ ذمة المدين من كل حق، وهذا ما تضمنه حكم المادة : 236 من مجلة مرشد الحيران حيث جاء فيها مايلي :

((اذا اتصل بالصلح ابراء عام عن كافة الحقوق والدعاوى فلا تسمع على المبرأ في أي حق كان قبل الصلح وتسمع على الحق الحادث بعده)) (1) وعلى هذا المعنى نصت أيضا المادة 1038 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها مايلي :

((الابراء العام ينقسم الى قسمين الابراء العام من كافة الحقوق كقوله لاحق قبل فلان أو لا تعلق لي عليه أو ليس لي معه أمر شرعي أو لا أستحق عليه شيئا ونحو ابراء يشمل الديون والأعيان الا ما يحدث منها بعد الابراء)) .

والقسم الثاني الابراء العام من نوع خاص ، كقوله أبرأت فلانا من ديني عليه فلا يشمل هذا الابراء الا الديون ولا يشمل الأعيان والأمانات وكذا اذا قال المبرئ ليس لي عند فلان حق فيكون قد أبرأه من الأمانات ولا يشمل هذا الابراء الأعيان المغصوبة (2) .

أما اذا كان الابراء خاصا سقط الحق الذي تعلق به الابراء فقط دون شموله للحقوق أو للديون الأخرى، ولقد نصت على هذا الحكم المادة: 234 من مرشد الحيران بقولها

---

(1) أنظر في هذا المعنى رد المحتار لابن عابدين المرجع السابق ج 04 ص: 176 .

(2) أنظر في هذا المعنى شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ السعيد المحاسني ج 3 ص 215 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((من أبرأ شخصا من حق له عليه يصح الابراء عنه سقط على المبرأ ذلك الحق)) .

وكذلك فقد نصت المادة : 1537 من مجلة الأحكام العدلية فقالت((ان الابراء العام هو ابراء أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص مادة كدعوى الطالب من دار أو ضيعة أو جهة أخرى)) ومهما يكن من أمر هذا النوع من الابراء فسواء كان عاما أو خاصا فانه لا يتناول الاّ الحق القائم الموجود عند الابراء ولا يتناول ما يستجد من حقوق .

وقد نصت المادة : 1656 من مجلة الأحكام الشرعية على الحالة الأولى بقولها : ((يصح الابراء من الدّين حالا كان أو مؤجلا لكن لا يصح الابراء من الدّين قبل وجوبه)) .

وتأسيسا على هذا الحكم فانه مثلا لو قال شخص لآخر لاحق لي قبلك فانه يشمل جميع الحقوق المتعلقة بالأعيان أمانة كانت أم مضمونة وجميع الديون والحقوق من كل حق هو مالي ومن كل حق ليس بمالي كما في الكفالة والقصاص وحدّ القذف وما الى ذلك فلا تسمع منه دعوى بحق سابق على هذا الابراء .

ولو قال كذلك الدائن أبرأت فلانا من كل دعوى لي قبله لا يحق له أن يدعي على شيء سابق على هذا الابراء سواء كان هذا الادعاء متعلقا بدين أو بعين وإذا قال أبرأته من كل دين لي قبله سقطت جميع ديونه التي له قبل هذا الابراء فلا يملك مخاصمته في دين سابق عليه .

ولا تسمع الدعوى بعد الابراء العام الا في ضمان الدرك وهو ضمان ما يدرك العين المبيعة من استحقاق الغير للمبيع استحقاقا كليا أو جزئيا بعد انفساد المبيع وذلك ان ضمان الدرك هذا لم يثبت فيه الحق الا بعد الابراء (1)

المطلب الثاني

أنواع الابراء باعتبار ذاته

يمكن تقسيم الابراء باعتبار ذاته الى نوعين هما : الابراء المحض والابراء الذي يقصد به معنى التمليك . ويقصد بالابراء المحض ذلك الذي لا يفيد معنى التمليك ويفيد الاسقاط المحض وذلك كالابراء من الكفالة وهذا لا يتوقف على القبول ويترتب عليه أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، فاذا قال الدائن للكفيل أبرأتك من الكفالة

---

(1) أنظر في هذا المعنى الفتاوى الهندية ج 04 ص : 204 بدون تاريخ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سقط حق مطـالبته بالدين من الكفيل ولم يكن للدائن الا مطـالبة المدين الأصلي وفي هذه الحالة لا يرتدّ الابـراء بالرّد فاذا ردّ الكفيل الابـراء لم يبطل وكذلك لا يصح الرجوع فيه لأن أثـره السقوط والساقط متلاش لا يعود .

أما النوع الثاني من الابـراء الذى فيه معنى التمليك فهو كذلك التصـرف الذي يفيد معنى تمليك الدائن للمدين الشيء الذى له عليه كالابراء من المال المقترض والابراء من المهر والابراء من النفقة (1) .

المطلب الثالث

أنواع الابراء باعتبار ما يعلق عليه

ينقسم الابراء باعتبـار ما يعلق عليه الابراء من الخصومة والدعوى سواء كانت دعـوى دين أو دعـوى مضمونـة أو أمـانة أو حق مسيـل أو حق شرب أو حق شفعة وهو ابراء صحيح فاذا أبرأ صاحب الدّين الغاصب من دعـوى العين يمتنع عليـه الادعـاء بها منه ومطالبتـه بها وله الدعوى بها على غيره .

والابـراء من الدّيـن سواء كان دينا أو من مبيع أو قيمة مغصوب تلف بيد الغاصب قبل الابراء فهـو صحيح وتبرأ ذمـة المبرىء وكذلـك الابـراء من العين المضمونة علـى ذمتـه الانشـاء كقـوله أبـرأت فلانـا من العين التي لي عنـده فلا يسقط هذا الابـراء الدعوى ولا يثبت من المبرأ لأن الأعيان لا تسقط بالاسقاط وللمبرأ اقـامة الدعـوى على المبـرأ وعلى غيره بل تنقلب يـد الغصب الى يـد الأمـانة ولا يشمل هذا الابـراء قيمة المغصوب بعدم مطالبة الغاصب بالقيمة مع قيام عين المال في يده .

ثم الابـراء من العيـن المضمـونة على وجـه الاخبـار فتسقط فيه الدعـوى والحق كقـول المبرىء ان فلانا برىء من جميع مالي قبلـه فيشمل هـذا الابـراء الديون والأعيان المضمونة والأمانات ويشمل الحق الحادث بعده ، لأن الابـراء لا يشمل ما يحـدث بعـده وهناك الابراء من العين التي هي على سبيل الأمـانة فهذا الابراء يسقـط عن المدعي حق الدعوى قضاء لا ديانة فلا تسمع دعوى المدعي بعده .

وأخيـرا الابـراء من سـائر الحقـوق كالكفـالة والحـدّ والقصـاص والديـة

---

(1) أنظـر في هذا المعنى الابـراء من الالتزام للـدكتور عبد الـرزاق حسـن فـرج المرجع السـابق ص: 76 . 77 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وخيار العيب (1) .

المطلب الرابع
أنواع الابراء باعتبار صيغته

ينقسم الابراء اذا نظرنا اليه حسب صيغته الى ابراء اسقاط وابراء استيفاء وقد بينت المادة : 232 من مرشد الحيران هذا النوع فنصت على مايلي :

((ان الابراء على نوعين ابراء اسقاط وابراء استيفاء فابراء الاسقاط هو أن يبرىء المديون مدينه من كل الدّيون ويسقطه عنه أو يحط بعضه عن ذمته وابراء الاستيفاء هو عبارة عن اقرار الدائن باستيفاء دينه الذى كان في ذمة مدينه)) ، كما نصت أيضا على هذا النوع من الابراء المادة : 1536 من مجلة الأحكام العدلية بقولها :

((الابراء على قسمين ابراء الاسقاط والثاني ابراء الاستيفاء أما ابراء الاسقاط فهو أن يبرىء أحد الآخر باسقاط تمام حقه الذى هو عند الآخر أو بحط مقدار من ذمته وأما ابراء الاستيفاء فهو عبارة عن اعتراف بقبض أو استيفاء حقه الذى هو في ذمة الآخر وهو نوع من الاقرار)) .

ويجب أن يكون الحق قابلا للاسقاط سواء كان مالا كالدّين أو غير مال كالأجل كما يجب أن يكون الابراء مضافا الى الحق لا الى النفس (2) .

(1) أنظر كل ما ذكرناه الدر المختار للحصكفي ج 4 ص: 168 طبعة 1088 هـ وهو خاص بفقه الحنفية .

أنظر أيضا في هذا المعنى شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ السعيد المحاسني ج 02 ص 214، 215 .

وانظر كذلك في هذا الموضوع بالذات المواد التالية من مجلة الأحكام العدلية : 1536، 1537، 1538، 1564 .

(2) يقول الأستاذ السعيد المحاسني في هذا المعنى في شرحه لمجلة الأحكام العدلية ج 5 في هذا النوع من الابراء مايلي :

((الابراء من النفس هو اظهار العداوة والنفرة وللابراء من هذه الحجة أى من حالة العداوة والنفرة يجب اظهار الانعام والمحبة كما أن الأجل لا يبدل بقول صاحب الأجل أنا ابرئت من الأجل ولا حاجة لي به ويبدل بقول المدين الى دائنه أبرأتك من الأجل ، واذا وقع الابراء مطلقا يحمل على القبض والاستيفاء فيجب حمله على ما هو محقق والمحقق في هذه الحالة هو ابراء الاستيفاء لأنه أقل من الاسقاط)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ونخلص من النصوص القانونية المتقدمة الذكر بأن الابراء ينقسم بحسب صيغته الى نوعين :

الأول ابراء استيفاء وهو اعتراف الشخص بقبض حقه واستيفائه وهذا النوع في الحقيقة ما هو الا اقرار بالايفاء ولا اسقاط فيه كأن يقول الدائن أنا استوفيت حقي وابراء الاستيفاء لا يحمل معنى الاسقاط واذا كان اقرار بالوفاء وتمخض تمليكا وهذا على خلاف ابراء الاسقاط فانه كما يكون تمليك الدّين للمدين يمكن أن يعد اسقاطا له لأن وفاء الدّين لا يكون الاّ تمليك مثله للدائن ومن أجل هذا فقد قرر الحنفية بأن الديون تقضي بأمثالها فاذا قام المدين باعطاء الدائن مثل دينه فيه فقد ملكه مثله واستوجب عليه بهذا التمليك مطالبته به لو لا ما عليه من دين مماثل يستوجب مطالبته به من قبل الدائن فسقطت مطالبته بما أوفى نظير سقوط مطالبته الدائن أياه مما عليه من دين في ذمته وهذا معنى قولهم بأن الدينين يلتقيان قصاصا .

النوع الثاني ابراء اسقاط وهو أن يبرئ أحد آخر باسقاط تمام حقه الذي له في ذمته على الآخر أو أن يحط مقدارا عن ذمته أو أن يقول الدائن لمدينه أحللتك من الدّين أو تصدقت به عليك وهذا النوع من الابراء هو الذي يسقط به الدّين .

اذن فهناك فرق ما بين هذين النوعين من الابراء وعليه فيمكن أن نقول بأن هذا الفرق يتمثل فيما يلي :

ان ابراء الاسقاط يعتبر انشاء فلا تسمح فيه دعوى كذب الاقرار أما ابراء الاستيفاء فهو اخبار وتسمح فيه دعوى كذب الاقرار وكذلك اذا أبرأ الدائن مدينه ابراء اسقاط بعد قبض الدّين فللمدين الحق في استرداد ما دفعه أما ابراء الاستيفاء فليس للمدين أن يرجع على دائنه بما دفعه (1) .

وترتيبا على كل ما تقدم نقول بأن ابراء الاسقاط يترتب عليه زوال الحق وتلاشيه نهائيا الاّ أنه بالنسبة للمبيع والايجار لا يتصور فيهما ابراء الاسقاط لأن الحق فيهما لا يزول نهائيا فبالنسبة للمبيع مثلا فان الحق في المبيع ينتقل من المالك البائع ليدخل في ملك المشتري .

أما بالنسبة للايجار فلا يعد من قبيل الاسقاط وبالتالي فليس هو ابراء

---

1) أنظر في هذا المعنى شرح مجلة الأحكام العدلية للسعيد المحاسني ج 20 ص: 214 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لأن حق المالك في منفعة العين المؤجرة لا يزول نهائيا بل ينتقل الى المستأجر فقط .

وأما بالنسبة لهبة الدّين لمن عليه كأن يقول الدائن لمدينه وهبت ديني الذي هو لي قبلك فهل يعتبر هذا التصرف من الدائن من قبيل الابراء أو هو اسقاط محض ؟ وللاجابة على هذا السؤال يجب معرفة ما اذا كان سقوط هذا الدّين متوقف على قبول المدين وهذا هو الرأي السائد عند المالكية ومن يسايرهم في ذلك من الفقهاء الآخرين ، اذ يرى هؤلاء جميعا أن هبة الدّين للكفيل لا يتم الا بقبض الدّين من المدين قبل حصول المانع للواهب ليتحقق بذلك شرط الحوز فيهما واذا تمت الهبة كان للكفيل بناء على تملكه للدّين أن يطالب به المدين ولم يكن للدائن بعد أن يطالب أحدهما بفروج الدّين من ملكه بالهبة (1) .

ولا تتوقف الهبة على شرط القبول عند جمهور الفقهاء ومرجح هذا الخلاف كما ذكرنا مرارا ان كلاّ من هبة الدّين والابراء منه فيه معنى الاسقاط ومعنى التمليك .

فبالنظر الى المعنى الأول لا يتوقف على القبول والاجازة والرجوع وبالنظر الى المعنى الثاني اختلف جمهور الفقهاء حول اجازة الرّد لعدم القبول أما عند الحنابلة فالابراء وهبة الدّين يشتملان على معنى الاسقاط فلا يصح الرجوع فيهما ولا يرتدّ كل منهما بالرّد وهذا ما ذهب اليه الشافعية في أصح القولين عندهم (2)

---

(1) أنظر في هذا المعنى المعاملات في الشريعة الاسلامية لأحمد أبو الفتح ج : 02 المرجع السابق الطبعة الثانية ص: 560 .

أنظر أيضا حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 03 المرجع السابق ص: 338

(2) أنظر في هذا المعنى فتح القدير ج 05 ص : 410 .

وانظر أيضا نهاية المحتاج في فقه الشافعية ج 04 ص: 438 ، 439 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني
نطاق الابراء

يقصد بنطاق الابراء الحقوق التي تقبل الابراء والحقوق التي لا تقبله ، فالحق الذي يقبل الابراء غالبا ما يكون مبلغا من النقود وهكذا يصح الابراء من العيون والديات ومن الحقوق التي تثبت في الذمة .(1)

أما الضمانات فيجوز فيها الابراء أيضا كما في حالة ابراء الكفيل من الكفالة فاذا قام الدائن بابراء الكفيل انقضت الكفالة كما تنقضي أيضا بابراء الأصيل المسؤول أساسا عن الدين الا أنه في حالة ما اذا أبرأ الدائن الكفيل كما ذكرنا من قبل فلا يبرأ ذمة الأصيل لأن ابراء الدائن للكفيل انما هو ابراء من المطالبة لا من الدين اذ هو ليس بمدين وبالتالي فليس من الضرورة اسقاط حق المطالبة للكفيل يؤدي الى سقوط أصل الدين عن الأصيل .(2)

أما الحقوق التي لا تقبل الابراء فهي تلك الحقوق التي تخرج عن دائرة المعاملات أو تكون مستحيلة الوجود ، أو تلك الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها أو بطبيعتها أو أنها مخصصة للمنفعة العامة أو أنها متعلقة بالنظام العام والآداب العامة وهكذا فانه لا يجوز النزول أو الابراء من الحقوق المتعلقة بالولاية والنسب ولا يجوز النزول عن الحق في النفقة قبل تقديرها لأنها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام وان كان يجوز ابراء المدين من نفقة متجمدة في ذمته (3)

(*) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط ج 03 المرجع السابق ص: 974 هامش رقم 08 .
وانظر أيضا التصرف الانفرادي والارادة المنفردة للأستاذ الشيخ المرحوم علي الخفيف طبعة 1964 ص: 245 ، 246 .

(1) أنظر في هذا المعنى المعاملات في الشريعة الاسلامية للأستاذ أحمد أبو الفتح ج 02 المرجع السابق ص: 544 .
وانظر كذلك كتاب الضمان للشيخ المرحوم علي الخفيف القسم الثاني من الكفالة والديات طبعة : 1973 ص: 140، 141

(3) أنظر الوسيط للدكتور السنهوري ج 01 طبعة 1952 ص: 375 ، وما بعدها .
وانظر الدكتور سليمان مرقس في كتابه موجز أصول الالتزام طبعة 1962 فقرة 887 ص: 940 .

All Rights Reserved Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما يصح للدائن في التزام طبيعي أن يبرئ ذمة مدينه من هذا الالتزام فقط وفي المدين الالتزام بعد الابراء جاز له استرداده (1) .

وننتهي في هذه المقدمة لنخلص الى القول بأن هناك حقوق تقبل الابراء يستطيع الدائن فيها ابراء ذمة مدينه من هذه الحقوق اذا أراد ذلك وهناك حقوق لا تقبل الابراء وبالتالي لا يجوز للدائن ابراء مدينه من هذه الحقوق ولتوضيح هذه الأمور إرتأينا أن نخصص مبحثا لكل حالة من هذه الحالات وعليه فسنتعرض في المبحث الأول الى الحقوق التي لا تقبل الابراء ونورد في مبحث ثان الحقوق التي يجوز الابراء منها .

المبحث الأول
ما لا يقبل الابراء من الحقوق
المطلب الأول
((الحقوق الخاصة لله تعالى))

يقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الحق (2) الى حق خالص لله تعالى ، وحق مشترك ، وهو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وحق خالص للعبد .

1) الحق الخالص لله تعالى وهو ما يقصد به تحقيق مصلحة المجتمع وحفظ النظام العام من غير نظرة الى مصلحة فرد بعينه كحد الزنى وحد السرقة وحد القذف فهذه الحدود لا يجوز لكائن مهما كان

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط ج 03 المرجع السابق فقرة 585 ص: 974 هامش رقم 01 .
وانظر كذلك الأستاذ الدكتور عبد الحيي حجازي في كتابه أحكام الالتزام ج 02 طبعة 1954 ص : 312، 313 .
(2) أنظر بحث للشيخ محمد زكريا البردیسي في التصرف الاسقاطي المرجع السابق ص 112 وانظر كذلك في نفس المعنى تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية العقود والملكية للشيخ بدران أو العينين طبعة 1968 ص : 305 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أن يتهاون في اقامتها ولا أن يعمل على اسقاطها (1) وبالتالي فهي لا تصلح لأن يكون محلا للابراء فهي غير صالحة لذلك (2) .

2) الحق المشترك وهو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وهو نوعان :

أ ـ ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب على حق العبد كحد القذف واسقاط الحقوق التي فيها تغيير للأحكام الشرعية كاسقاط المطلق رجعيا حقه في عدة مطلقه فحق الله تعالى فيها غالب عن حق العبد أيضا فتقدم هذه الحقوق مراعاة للحق الأغلب اذ من المقرر فيها أن القليل يتلاشى مع الكثير ويدار الاسقاط على الغالب ومن ثم فان مثل هذه الحقوق لا يجوز اسقاطها ولا تصلح أن تكون داخلة في نطاق الابراء .

ب ـ ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص في هذه الحالة يصح اسقاط الحق وبالتالي فان الحق المالي فيها يصلح أن يكون محلا للابراء اذا توفرت شروطه (3) .

3) الحق الخالص للعبد : وهو ما يقصد به تحقيق مصلحة خاصة بالفرد والأصل في حق العبد هو أن يرد عليه الاسقاط وبالتالي فانه يصلح أن يكون محلا للابراء أي يجوز الابراء منه وهذا مثل ابراء الدائن لمدينه مما عليه من الدين ، وقد

---

(1) قيل بأن أسامة جاء الى الرسول صلى الله عليه وسلم يشفع في حدّ السارق ـ فغضب النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا أسامة أتشفع في حدّ من حدود الله انما هلك من قبلكم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه وان سرق الوضيع أقاموا عليه الحدّ والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها ـ وما روي عن عمر بن الخطاب أيضا في أنه لم ينفذ حدّ السرقة في عام المجاعة فذلك للضرورات والضرورات تبيح المحضورات ولكن ليس معنى ذلك اسقاط الحدّ .

أشار الى كل ما ذكرناه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام طبعة 1976 ص : 106 هامش رقم 02 .

(2) أنظر في هذا المعنى الفروق للقرافي وهو من المالكية ج 1 طبعة 1355هـ ص: 195 .
وانظر أيضا كتاب التلويح والتوضيح ج 03 ص : 139 .

(3) أنظر في هذا المعنى كتاب البدائع للكساني ج 05 المرجع السابق ص : 138 . 139 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ين القرافي وهو من المالكية في كتابه الفروق ج 01 ص: 695((ان حق العبد يصح الابراء منه الاّ باسقاطه ولذلك لا يسقط الضمان في اتلافه الا باذنه في تلافه أو في مباشرته علي سبيل الأمانة)) .

المطلب الثاني

الابراء والنزول عن الحق قبل وجوده

للكلام عن الابراء من الحق قبل وجوده نرى بأنه لابد لنا أن نذكر بأن الحق المبرأ منه لابد أن يصادف محلا وكما هو معروف اذ يشترط في محل الالتزام أن يكون موجودا وقت ابرام العقد أو على الأقل قابلا للوجود في المستقبل وهذا في حالة ما اذا كان محل الالتزام نقل أو انشاء حق عيني أما اذا كان الشيء قد هلك قبل التعاقد فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا واذا وجد الشيء وقت التعاقد ولكنه هلك بعد ذلك فان العقد يعتبر منعقدا لوجود المحل أثناء ابرام العقد ولكن تنفيذه يكون مستحيلا (1) لهلاك محله فينفسخ العقد من تلقاء نفسه . أما اذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل وجب أن يكون العمل أو الامتناع ممكنا هذا اذا كان العمل في الحال ولكن قد تتجه ارادة المتعاقدين الى التعاقد على شيء سيوجد في المستقبل كالتعاقد على بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنضج بثمن جزافي أو بسعر الوحدة أو على تأجير المنزل قبل أن يتم بناؤه أو بيع مصنوعات لم يتم صنعها بعد ويجوز للمقاول أن ينزل عن الأجر في مقاولة لم تبرس عليه بعد (2) وقد نصت المادة : 92/ 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: ((يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا)) وتقابلها المادة : 131/ 1 من القانون المدني المصري ، كما أن المادة : 1130 من القانون المدني الفرنسي قد نصت على مايلي:

---

(1) هناك نوعين من الاستحالة :

أ ـ الاستحالة المطلقة وتكون بالنسبة للكافة كاجراء عملية جراحية لمريض تبين بأنه مات .

ب ـ الاستحالة النسبية وتكون للمدين فقط كعزم شخص على احياء سهرة فنية وهو ليس بفنان .

أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع السابق ص: 64 .

(2) أنظر الوسيط للدكتور السنهوري ج 01 فقرة : 315 وما بعدها . المرجع السابق وانظر أيضا مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج 02 المرجع السابق ص: 07 وما بعدها للدكتور السنهوري .

All Rights Reserved Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا))

اذا كقاعدة عامة فانه يجوز التعامل في الأشياء المستقبلة الا أن المشرع الجزائري وتماشيا منه مع التشريعات الأجنبية الأخرى ولا سيما منها القانون المدني المصري فانه قد استثنى من القاعدة العامة التي تسمح بالتعامل في الأشياء المستقبلة بعض الحالات التي لا يجوز التعامل فيها كأشياء مستقبلة ونورد هذه الحالات فيما يلي :

لقد نص القانون المدني المصري في المادة : 492 منه على أنه ((تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة)) .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتعرض لمثل هذا الحكم سواء في القانون المدني وهذا أمر طبيعي اذا ما علمنا بأن المشرع الجزائري كما هو معروف لم ينظم عقد الهبة في القانون المدني وانما أحال أحكامها للشريعة الاسلامية الغراء ولما نظم المشرع الجزائري أحكام الهبة في قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984 لم يتعرض أيضا لمثل هذا الحكم الموجود في القانون المدني المصري والمتعلق بأحكام هبة أموال المستقبل ولسنا ندري لماذا المشرع الجزائري قد أغفل النص على مثل هذا الحكم وكان عليه أن يتعرض لمثل هذا الحكم وخاصة وأن مثل هذه الحالات تقع كثيرا في الحياة العملية واذا ما أردنا أن نتعرض لأحكام هذه الحالة اذا ما عرضت على القضاء الجزائري فنقول بادئ ذي بدء بأن المشرع الجزائري وهو ينظم في أحكام الأسرة أورد في المادة : 222 من هذا القانون الحكم الآتي :

((كل مسالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية)) .

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على حكم هبة أموال المستقبل في قانون الأسرة وهو القانون الوحيد الذي يحكم الأحوال الشخصية ومنها الهبة فاننا نرى بأنه يجب الرجوع في ذلك الى أحكام الشريعة الاسلامية وبالرجوع الى أحكامها أي أحكام الشريعة الاسلامية فاننا نجد بأن جمهور الفقهاء يحرمون التعامل في أموال المستقبل وسندهم في ذلك أن أموال المستقبل تأخذ حكم العدم والمعدوم شيء غير موجود في الحال وبالتالي لا يجوز التعامل فيه سواء بالبيع أو بالهبة أو بأي تصرف آخر مهما كان نوعه وطبيعته أما عند المالكية فانه لا يشترط وجود المعقود عليه وقت التعاقد وفي التبرعات لأنه لا ضرر على المتبرع في عدم وجود المعقود عليه بعد التعاقد (1)

(1) أنظر في هذا المعنى الفروق للقرافي ج 01 المرجع السابق ص: 197 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن هبة أموال المستقبل باطلة حسب راى جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وهذا ما فصلناه من قبل ، وعليه فبرجوعنا لأحكام المادة : 206 من قانون الأسرة الجزائرى نجدها وأنها تشترط لكي تتم الهبة يجب أن يحوز الموهوب له الشيئ الموهوب وهكذا فانه لا يمكن هبة أموال المستقبل وبالتالي فهو باطل وذلك بالقياس على أحكام المادة : 206 من قانون الأسرة الجزائرى .

كما نصت المادة : 1033 من القانون المدني المصرى ولامقابل لها في القانون المدني الجزائرى على ما يلي: ((يقع باطلا رهن المستقبل)) .

كما نصت المادة : 92/ 2 من القانون المدني الجزائرى وتقابلها المادة 2/ 19 قانون مدني مصرى على مايلي: ((ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه)) .

واذا كان هذا هو الحكم فيما يتعلق بالتعامل في أموال المستقبل أو في حق لم يوجد بعد سواء في القوانين الوضعية أو في أحكام الشريعة الاسلامية الغراء فهل يجوز الاستناد الى هذه القواعد العامة والأحكام المذكورة والقول بأنه يجوز النزول أو الابراء من الحقوق التي لم تجب بعد أى تلك الحقوق التي ستوجد في المستقبل أم أنه لا يجوز ؟ .

للاجابة على هذا التساؤل نقول من أول وهلة أن هناك خلاف فقهي فيما يخص هذه الحالة سنورده في حينه فيما يلي:

هناك جانب من الفقه قد ذهب الى القول بأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل كسبه وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف الوطنية المصرية بقولها:

((ان القانون يقضي بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها وكسبها اذ الانسان انما يتنازل عما يثبت له في الذمة)) (1) وتأسيسا على ما تقدم فانه اذا لم يكن الحق المبرأ منه موجود وقت الابراء وقع الابراء باطلا لعدم وجود المحل ومثل ذلك الابراء من نفقة العدة فهو لا يصح قبل الطلاق وانما يشترط لصحته وجود وقت تجب فيه تلك النفقة فيصح الابراء في هذه الحالة لأن النفقة وجبت بالفعل (2)

---

(1) أنظر حكم محكمة الاستئناف المصرية الوطنية 29/ 5/ 1893 الحقوق السنة التاسعة ص: 220 .

(2) أنظر في هذا المعنى التزام التبرعات للأستاذ أحمد ابراهيم المرجع السابق ص: 240 وانظر كذلك فقه الشافعية الاشباه والنظائر للامام علال الدين عبد الرحمن السيوطي طبعة 1378هـ الموافق 1959م ص: 462 وقد جاء فيها على الخصوص ما يلي: ((لا يصح الابراء عما لم يجب)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وذهب جانب آخر من الفقه الى القول بأنه يمكن النزول أو الابراء من الحق قبل وجوبه غاية ما في الأمر أن هذا النزول أو الابراء يكون غير منجز أى لا يترتب عليه أى أثر الا عندما يوجد الحق المبرأ منه (1) ولعل من أهم ما يدعم هذا الرأى الذى يرى جواز الابراء من الحقوق قبل وجوبها تسجيل موقف المشرع الجزائرى في بعض الخالات التي أتت على سبيل الحصر حيث أنه نص في المادة: 352/ 2 ق.ع.ج والتي تقابلها المادة : 419/ 2 من القانون المدني المصرى على مايلي:

((واذا ذكر في عقد البيع أن المشترى عالم بالبيع سقط حق هذا الأخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به الا اذا ثبت غش البائع)) .

اذا فاذا أقر المشترى في عقد البيع أنه علم بالبيع سقط حقه في طلب ابطال عقد البيع وهذا السقوط معناه نزول المشترى مقدما وقبل وجوبه في طلب الابطال (2)

كما يلاحظ بأنه يجوز الابراء والنزول عن مبلغ التعويض الخاص بالجزء من الضرر الذى لم يتحقق بعد لأنه مادام أن الثابت وأن ركن الخطأ وهو ركن أساسي للواقعة المنشأة للحق في التعويض اذا تخلف عنه ضرر قد توافر فان الحق في تعويض هذا الجزء غير المحقق من الضرر في الحال فانه قد يتحقق في المستقبل وتجب حمايته ومن الأمثلة أيضا على جواز الابراء والنزول عن الحق في المستقبل ما قضى به المشرع الجزائرى في المادة : 891 وتقابلها في ذلك

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور جلال العدوى في بحثه النزول عن الحقوق مجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ص : 202 المرجع السابق .

وانظر أيضا الأستاذ Silvio Lessonna النظرية العامة للنزول في القانون المدني منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي سنة 1917 ص 204، 205 ومما جاء في هذا البحث على الخصوص مايلي:

ان النزول في الأصل لا يكون الا عن حق حل ومع ذلك فانه يجوز التنازل عن الحقوق المستقبلة كما يجوز النزول عن الحقوق الحالية وخاصة اذا علمنا أن المادة : 1130 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة : 92 من القانون المدني الجزائرى تنص على ما يلي: ((يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا)) .

les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور أنور سلطان وجلال العدوى في عقد البيع طبعة 1966 فقرة 225 ص: 170 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المـادة : 1040 ق.م.م حيث جاء في هذه المادة مايلي:

يجـوز أن يترتب الرّهـن ضمـانا لـدين معلـق على شرط أو دين مستقبـل أو ديـن احتمالي الخ . . .

وهكذا فانـه وحسب هـذه المادة فانه يجـوز أن يعقد الرّهـن ضمـانا لدين مستقبـل لم ينشأ بعـد وان كان هـذا يعدّ خروجا على مبدأ تبعيـة الرّهن للـديـن أو الالـتزام المضمونان بالرّهـن فالرّهن تـابع فكيـف يوجد التابع قبل أن يوجد المتبوع غير أن ما يخـفف من غـرابة هذه الحالة والتي تتمثل في أن الرّهـن يعقد ضمانـا لدين مستقبل لا ينتج أثـره الاّ اذا تحقق الدين وأن الدائـن قبل ذلك لا يستطيع بطبيعـة الحـال أن يستفيد مـن هـذا الرّهن كمـا أن المـادة : 968 مـن القـانـون المدنـي الجزائري والتي تقابلها المادة : 1057 من القانون المدني المصري تنـص على مايلي:

((تحسـب مرتبـة الرّهـن وقـت قيـده ولـو كـان الدين المضمون بالرّهن معلقـا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا)) .

واذا كـان انعقاد الرّهن ضمانا لدين مستقبل أمـرا جـائزا بشرط تحـديد الحـد الأقصى الذى ينتهي اليه الدّيـن في عقد الرّهن (1) المادة : 891 مدني جـزائـري فانـه يجوز أيضا للدائـن أى يبرىء مدينـه مـن هـذا الـدين اذا مـا تحققـت المديونيـة بالفعـل ومن أهـم الحـالات التي تزيـد هذا الحكم وضوحا أى حالة الابـراء من الحق قبل وجـوبه ما قضى بـه المشرع الجزائري في المادة : 807 والتي تقـابلهـا المادة : 948 من القانون المدني المصرى والتي تنص على مايلي:((لا يمارس حـق الشفعـة في الأحـوال الآتية)) .

ـ اذا تنازل الشفيـع عن حقـه في الشفعـة ولو قبل البيع وما دام الأمر كذلـك فسنحاول توضيحـه بشيء من التفصيل فيما يلي:

ان جـواز النزول عن الأخـذ بالشفعة مقـدما وقبل البيع قـد أخذ بـه المشـرع الجزائري وذلك تماشيـا منـه مع المشـرع المصرى اذ أن الشفيع يستطيع أن ينـزل عـن

( ) أنظر في هذا المعنى جلال العدوى في بحثه السابق فقـرة 51 ص: 196 .
وانظر كذلك وفي نفس المعنى الدكتور شمس الدين الوكيل في كتابه نظريـة التأمينـات في القـانـون المـدنـي طبعـة : 1959 ص: 128 .
وانظر أيضا الدكتور أحمد سلامـة في عقد البيع فقـرة 06 ص: 09 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حقه في الشفعة ولو قبل البيع وما يبدو من أول الأمر في هذا الموضوع أن هذا الحكم يعتبر أيضا خروجا عن القواعد العامة التي لا تجيز النزول عن الحق قبل ثبوته ولعل ما يبرر موقف المشرع في قانوننا المدني سياسته التي تهدف الى التضييق في الأخذ بالشفعة ولهذا فاننا نرى قد أجاز للشفيع أن ينزل عن الأخذ بالشفعة في أي وقت طالما لم يصدر الحكم النهائي ولكن متى صدر هذا الحكم ثبت للشفيع الحق في ملكية العقار وجاز للمشفوع منه مطالبته بالتنفيذ ولا يستطيع الشفيع أن ينزل عن حقه بعد ذلك بارادته وحدها .

أما بالنسبة للقانون المصري القديم فقد كان هذا النزول غير جائز طبقا للرأي الراجح الاّ بعد البيع لأنه لا يجوز للشخص أن ينزل عن الحق قبل وقوعه (1) .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الجديد توضيحا لهذا النزول الذي قد يتم قبل البيع بقولها :

((ان المشترى يستطيع بهذا أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء)) (2) .

والنزول عن الشفعة قد يتم في ذات العقد الذي تلقى به الشفيع ملكية العقار هذا ما يحدث خاصة بالنسبة لشركات تقسيم الأراضي اذ تشترط على أي مشتر قطعة من أراضيها التنازل مقدما عن الأخذ بالشفعة في بيع الأراضي المجاورة وذلك حتى يسهل عليها بيع الأراضي بثمن مرتفع (3)

---

1) لقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز النزول مقدّما عن الشفعة في قضية كان يحكمها قانون الشفعة المصري القديم ، وقد عللت المحكمة حكمها هذا حسب مايلي :
ان هذا التنازل صحيح لعدم مخالفته للنظام العام وليس ثمة ما يوجب التقيد برأي فقهاء الشريعة الاسلامية في هذا الخصوص أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 113 هامش رقم 01 .

2) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج 06 ص: 444 .

3) أنظر في هذا المعنى الوسيط للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ج 09 طبعة 1968 فقرة : 163 ص: 475 .
عبد المنعم فرج الصدة في كتابه حق الملكية فقرة : 326 ص: 494 .
اسماعيل غانم في كتابه أسباب كسب الملكية طبعة 1961 فقرة 326 ص: 494
منصور مصطفى منصور في كتابه حق الملكية طبعة 1965 فقرة : 149 ص: 254
جميل الشرقاوي في كتابه حق الملكية طبعة : 1970 فقرة : 113 ص: 438 .
محمد لبيب شنب في كتابه حق الملكية طبعة : 1979 فقرة : 101 ص: 104 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهـذا طبعا بالنسبة للشركـات الخـاصة الموجـودة داخـل النظام الرأسمالـي التي تهـدف الى تحقيق الأرباح الطائلة كما أن هذا النـزول قد يتم في ذات العقـد الذى تلقى بـه الشفيع ملكيـة العقـار وهذا ما يقع كثيرا بالنسبـة للملكيـة المشتـركـة في العقـارات المبنيـة والى هـذا جنـح المشـرع الجزائرى والمصرى والتونسي والمشرع السوسي أيضا اذ أن كل هذه القوانيـن لا تأخذ بحق الشفـعة فـي الملكيـة المشتركـة في العقـارات المبنية أو ما يسمى بملكيـة الطبقـات .

موقف الفقـه الاسلامي من التنازل عن الشفعة

يسقط حق الشفيع في الشفعـة في الشريعة الاسلاميـة بتنازل الشفيـع عـن الأخـذ بها أو باسقـاط حقـه فيها الاّ أن الاسقاط لا يكون ولا يعتد به الاّ بعد ثبـوت الحق في الشفعة اذ من المقرر أنـه لا يقبل الاسقاط الاّ للحق الثابت أما الحـق غيـر الموجود فلا يقبل الاسقاط (1) .

فمثلا اذا قال الجار لجاره اشترى دارى لأني أريـد بيعهـا لم يسقط بذلـك حقـه في الأخـذ بالشفعة الاّ عند تمـام البيع لغيـره واذا قال الجار لجـاره أو الشريك لشريكه قبل البيـع لا رغبـة لـي في الأخـذ بالشفعة أو قال لن أطـالب بالشفعة اذا تم البيـع هذا حسب رأى الحنفيـة ويتفق معهم في هذا المالكية أيضا فقـد ذهبوا الى القـول بأنـه اذا أسقط الشفيع حقه في الشفعـة قبل البيع لا يؤخذ بعيـن الاعتبـار اسقاطـه لأنـه اسقاط للحـق قبل وجـوبه (2) أمـا اذا أسقط الشفيع الشفعـة بعد البيع وقبـل الأخـذ بها فانها تسقط بلا خلاف (3) ذلـك أن آثـار العقد وجـودية فلا تظهـر في المعـدوم ولهذا فـان عدم امكان اسقاط الحق قبـل وجـوبه يستقيم مع ما ذهب اليـه الحنفيـة ويوافقهم في ذلك الشافعية في القول بعدم امكان التعاقد على محل غير موجـود

---

(1) أنظر في هذا المعنى المبسوط للسرخسي ج 04 طبعة 1331هـ ص: 113 .
أنظر أيضا وفي نفس المعنى البدائع للكساني ج 04 المرجع السابق ص: 19 وج 7 ص: 248 وانظر ايضـا أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الخفيف الطبعة الثالثة 1947 ص: 183 وانظر أيضـا لنفس المؤلف المالكية في الشريعة الاسلامية ج 02 ص: 248 .
(2) أنظر في هذا المعنى الفروق للقرافي ج 01 المرجع السابق ص: 197 .
أنظر في هذا المعنى الكساني ج 07 ص: 248 أنظر أيضا الفروق للقرافي ج 01 ص: 198 .
(3) أنظر في هـذا المعنى أحكام المعـاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف الطبعـة الثالثة 1947 ص: 247 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ما عند المالكية فانه لا يشترط وجود المعقود عليه وقت التعاقد في التبرعات وفي الرهن لأنه لاضرر على المتبرع في عدم وجود المعقود عليه بعد التعاقد كما أن شيئا يتوثق به خير من عدمه (1) وهكذا يكون عدم امكان اسقاط الحق قبل وجوده لا يتماشى مع موقف هذا المذهب من التعاقد على محل غير موجود ، أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فان اسقاط الشفيع لحقه في الشفعة قبل البيع روايتين احداهما تقول بعدم سقوط الشفعة قبل البيع والثانية ترى ذلك وتكون الرواية الثانية متفقة مع القول بعدم وجوب وجود المعقود عليه وقت التعاقد(2)

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن الابراء أو التنازل عن الحق قبل وجوده القاعدة العامة أنه لا يجوز ذلك سواء في القانون المدني الجزائري أو القانون المدني المصري وقد نص القانون المدني الأردني على عدم جواز الابراء من الدين المستقبل حيث جاء في المادة : 446 مايلي: ((لا يصح الابراء الا من دين قائم ولا يجوز عن دين مستقبل)) وفي الشريعة الاسلامية أيضا الا أن هناك حالات استثنائية جاءت على سبيل الحصر في التشريع الجزائري وهذا تماشيا منه مع المشرع المصري اذ يجوز في هذه الحالات الاستثنائية الابراء أو اسقاط الحق قبل وجوده (3) ويتفق هذا الرأي مع المذهب المالكي في عدم اشتراط وجود المعقود عليه قبل التعاقد هذا في التبرعات والرهن ، أما في المذاهب الأخرى فكما سلف وأن ذكرنا فانه لا يجوز الابراء والاسقاط قبل وجود الحق ما عدا لدى أحمد في روايتهم الثانية .

المطلب الثالث

مدى حق جواز تنازل العامل عن حقوقه

لقد ذكرنا وأن الأصل هو جواز الصلح والابراء اذا وقع كل منهما على حقوق مالية الا أنه وفي بعض الأحيان يلاحظ بطلان الصلح والابراء في بعض الحالات ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون العمل الصادر في 31/ 75/ 04/ 1975 تحت رقم : 75 اذ تنص المادة : 172 من هذا القانون على

---

(1) أنظر في هذا المعنى محمد يوسف موسى الفقه الاسلامي الطبعة 3ص: 258 فقرة: 523

(2) أنظر في هذا المعنى المغني لابن قدامة ج 5 المرجع السابق ص: 35 ومما جاء فيه على الخصوص مايلي:
روى عن الامام أحمد ابن حنبل رضي الله تعالى عنه أنه قال: اذا أسقط الشفيع حقه قبل تمام البيع يسقط حقه وليس له المطالبة بالشفعة .

(3) أنظر ما سبق أن ذكرناه في هذا المعنى بهذا الكتاب ص: 66 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مايلي :

((يعدّ باطلا وعديم المفعول كل تنازل من العامل عن أجره أو عن جزء منه)) (1) .

وما يستنتج من أحكام هذه المادة الجزائرية أن التنازل الذى يكون من طرف العامل عن أجره أو حتى عن جزء منه يعدّ باطلا ولاغيا وبالتالي لا يجوز لا التصالح ولا الابراء من حق الأجر الذى يستحقه العامل والحكمة من ذلك أن الأجر الذى يستحقه العامل يعتبر ثمرة لجهده وعرقه وبالتالي فانيه لا يجوز المساس ولا التنازل عن هذا الأجر لأنه يعتبر من الحقوق الخالصة للعامل وتطبيقا للحديث الشريف الذى يقول إعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه .

هذا بالنسبة لأحكام قانون العمل الجزائرى الصادر سنة 1975 أما القانون الأساسي العام للعامل والصادر تحت رقم : 78، 12 والمؤرخ في أول رمضان عام: 1398 الموافق 05 أوت سنة 1978 فاننا بتفحصنا لأحكامه ولاسيما منها المتعلقة بالأجر الذى يستحقه العامل وحمايته (2) فان المشرع الجزائرى لم يتعرض في هذا القانون لأحكام الصلح أو الابراء الذى يكون من طرف العامل باعتباره دائنا لرب العمل الذى يعتبر مدينا وكان أولى بالمشرع الجزائرى أن يضع حكما لمثل هذه الحالة وعلى الأقل كان عليه أن ينقل حكم نص المادة : 172من قانون العمل الصادر 1975 ولا سيما وأن هذه القضية تعتبر حساسة وهامة اذ أن العامل قد يتعرض لضغوط أو استغلال يدفعانه للصلح أو لابراء ربّ العمل من بعض الحقوق المالية التي يستحقها فاذا وقع هذا التصرف فما هو حكم القضاء الجزائرى في ذلك ولا سيما اذا عدنا الى التشريعات العربية الأخرى ولاسيما منها المشرع المصرى اذ نجد هذا الأخير قد خرج عن القاعدة العامة التي تجيز التصالح والابراء من الحقوق المالية ونص في قانون العمل الصادر تحت رقم 91 لسنة 1959 في المادة السادسة من هذا القانون على مايلي :

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوجيز في شرح قانون العمل الجزائرى الجديد للدكتور علي عوض حسن طبعة 1975 فقرة : 180 ص: 239 .

وانظر كذلك كتاب شرح قانون العمل الجزائرى للدكتور جلال مصطفى القريشي ط 1984 ص: 27

(2) تعرض المشرع الجزائرى في قانون العمل الصادر عام 1978 لأحكام الأجر من المادة : 133 الى المادة : 145 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((يقع باطلا كل مصالحة أو ابراء من الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه اذا كانت تخالف أحكامه أحكام القانون)) .

وما يستنتج من أحكام المادة المصرية أنه اذا تم التصالح أو الابراء من الحقوق الناشئة عن عقد العمل أثناء سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه فانه يكون باطلا اذا كان ذلك يخالف أحكام القانون ، ولعل سبب هذا البطلان الذى يخالف القواعد العامة التي تقضي بصحة التنازل والابراء والصلح اذا كان محلها حقوقا مالية ثبتت للعامل فعلا يرجع الى خوف المشرع في كون حصول مثل هذه الحالات في أثناء سريان عقد العمل أو خلال شهر من تاريخ انتهائه يكون مشوبا بشبهة استغلال صاحب العمل لضغط العامل وحاجته الى الأجر مما قد يلجئه الى التنازل عن حقوقه ، أما بعد مضي شهر على انتهاء العقد فان الغالب فيه هو أن يكون العامل قد دبر أمر معيشته عن طريق آخر ومن ثم فان شبهة استغلال صاحب العمل للعامل تزول ويكون تصالح العامل مع صاحب العمل أو ابراؤه من بعض حقوقه صحيحا بعد انقضاء هذه الفترة (1) ولعل هذا هو السبب الذى جعل القضاء الفرنسي وجانب من الفقه الفرنسي يميلون الى هذا الرأى (2) .

وهكذا يتضح لنا من خلال هذه المادة وشروحها بأن المشرع المصرى قد جعل حماية للعامل من الاستغلال والضغط الذى يمكن أن يتعرض له ويؤدى به الى التصالح أو التنازل أو ابراء ربّ العمل من الحقوق المالية التي تكون عليه بمناسبة علاقة العمل واذا كانت هذه المادة قد قيدت عدم جواز التصالح أو الابراء الذى يتم من طرف العامل لربّ العمل لحق من الحقوق المالية المتعلقة بالأجر بقيد سريان علاقة العمل أو أن هذا التصالح أو الابراء يكون بعد شهر من انتهاء علاقة العمل فاذا مر أكثر من شهر على انتهاء علاقة العمل وأبرأ العامل ربّ عمله من حقه المالي يكون ذلك الابراء صحيحا وهذا طبقا للشرح الذى أوردناه من قبل .

أما اذا رجعنا الى موقف المشرع الجزائرى في هذا الصدد فاننا نجد أن القانون الأساسي العام للعامل والصادر سنة 1978 قد جاء خاليا من مثل هذا الحكم ، وعليه فان طرحت على القضاء الجزائرى حالة تتعلق بالصلح أو الابراء من حق مالي

---

(1) أنظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب في شرح قانون العمل طبعة 1976 فقرة : 02 ص: 09 .

(2) أنظر في هذا المعنى كتاب شرح قانون العمل الجزائرى للدكتور جلال مصطفى القريشي المرجع السابق ص: 27 ، 28 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للعامل على ربّ العمل فان القاضي في هذه الحالة لا يجد مادة تحكم مثل هذه الوضعية وبرجوعنا الى المادة : 216/ 1 من القانون الأساسي العام للعامل نجد وأنها تنص على مايلي: ((تلغى جميع الأحكام المتعارضة مع قانون سنة 1978)) .

وبما أن المادة : 172 من قانون العمل لسنة 1975 لا يوجد فيها أى تعارض مع أحكام قانون العمل لسنة 1978 بل كان على المشرع الجزائرى وهو يضع في أحكام القانون الأساسي العام للعامل أن ينقل هذه المادة حتى يضع حدّا لوضع يمكن أن تنتج عنه اضطرابات في الأحكام القضائية فيما يتعلق بهذه المسألة بالذات انأن القاضي في مثل هذه الوضعيات سيلتجئ بدون شك الى الاجتهاد عن طريق استناده الى مواد قانونية على سبيل القياس الى جانب أحكام الشريعة الاسلامية وقواعد العدالة .

ومهما يكن من أمر هذا النقص فاننا نرى أنه في حالة عرض ابراء عامل لرب العمل لحقه المالي الذى عليه والذى يكون بمناسبة أجر له فانه يجوز للقاضي في هذه الحالة بالرجوع الى حكم المادة 172 من قانون العمل الصادر سنة 1975 ، والتي تجعل التنازل الذى يكون من طرف العامل عن أجره أو عن جزء منه فانه باطلا ، وبالاستناد الى هذه المادة الى جانب امكانية تعرض العامل لضغوط تجعل ارادته معيبة باكراه أو استغلال فانه يمكن القول بأن ابراء العامل لحق مالي متعلق بأجره فان هذا الابراء يقع باطلا .

واذا كان بطلان الصلح أو الابراء مقيد لمخالفتهما لأحكام قانون العمل كما بينا ومن خلال مفهوم المادة السادسة من قانون العمل المصرى والمادة: 172 من قانون العمل الجزائرى كأن يتضمن التنازل أو الابراء حقوق يقررها القانون كالأجرة المتأخرة أو مكافأة نهاية الخدمة الى آخر الحقوق التي يمكن أن يقررها القانون للعامل ولكن ما هو مصير الصلح أو الابراء الذى يكون بمناسبة حقوق يقررها العقد زيادة على ما هو مقرر في قانون العمل (1) كمنحة أجر يزيد عن الأجر المقرر قانونا ، ان الأمر في هذه الحالة يختلف عن الحقوق التي يمنحها القانون

---

(1) أنظر في المعنى محمد حلمي مراد في شرح قانون العمل المصرى فقرة 30ص: 73، 75
أنظر حسن كيرة في أصول قانون العمل فقرة 10 ص: 77 .
أنظر أيضا اسماعيل غانم في قانون العمل فقرة 48 ص: 84 .
أنظر أيضا في فقه القانون الفرنسي ديران وجوسران ج 2 فقرة: 203 . 204 ص: 250 . 258 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للعامل اذ أن النزول أو الابراء عن الجزء الزائد لا يكون أمرا غير مشروع ومخالف للنظام العام سواء كان النزول أو الابراء سابقا على نشوء الحق أم لاحقا لاكتسابه (1) .

الاّ أن جانب من الفقه (2) قد ذهب الى غير ما ذكرناه وقرر بأن حكمة التشريعين متوافر فيما يخص النزول أو الابراء الذى يصدر من العامل عن حق مالي كان بمناسبة علاقة العمل حتى ولو كان مصدر الحق هو عقد العمل اذ قد يقع العامل فريسة لضغط صاحب العمل مما يدفعه للصلح أو التنازل عن حقوق مقررة في عقد العمل تفوق ما هو مقرر له في القانون نفسه (2) واذا ما دققنا في الأمر جليا فما يلاحظ على هذا الرأى كما ذهب بعض الفقهاء وهم على حق (3) ان النزول عن الحقوق التي لا يقررها قانون العمل لا يمس بالنظام العام أو بقاعدة آمرة حتى يمكن القول بوقوعه باطلا لأنه كما يكون للمتعاقدين عدم الاتفاق على أن يكون للعامل حقوق أكثر مما يقرره له قانون العمل ، فانه ليس هناك ما يمنع أيضا من أن تكون للعامل حق النزول عن هذه الحقوق الاّ اذا كان نزول العامل أو ابرائه لرب العمل قد وقع تحت

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور اسماعيل غانم في كتابه قانون العمل المرجع السابق فقرة : 48 ص: 84 .

وانظر كذلك الدكتور جلال العدوى في كتابه شرح قانون العمل المصرى ص: 285 ط: 1968 وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر بتاريخ 17/ 05/ 1967 مجموعة أحكام النقض المصرية السنة الثانية عشرة رقم 53 ص 8/ 10 اذ قضت هذه المحكمة بما يلي:

ا تنازل العامل يكون باطلا اذا كان عن حقوق يقررها له قانون العمل أما اذا كان عن حقوق يقررها العقد زيادة على ما هو مقرر في قانون العمل فان الصلح أو الابراء لا يكون باطلا .

وانظر أيضا في هذا الصدد نقض مدني مصرى في: 27/ 01/ 1972 بالمجموعة السالفة الذكر السنة الرابعة والعشرون رقم : 22 ص: 4/ 1 .

(2) أنظر في هذا المعنى اهاب اسماعيل في بحث له منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والثلاثون ص: 478 تحت عنوان : مراعاة مصلحة العامل في قانون العمل .

(3) أنظر محمد لبيب شنب في شرح قانون العمل المرجع السابق فقرة 22 ص: 31 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

تأثير اكراه يفسد ارادته أو أن رب العمل قد هدد العامل تهديدا ينطوي على تعسف مما ينتج عنه رهبة بينة دفعت العامل الى التنازل عن حق أو ميزة تزيد عما هو مقرر له في قانون العمل ففي هذه الحالة يعتبر التنازل قابلا للابطال لمصلحة العامل وهذا طبقا لأحكام القواعد العامة .

المطلب الرابع
الابراء من الأعيان (1)

لدراسة الابراء من الأعيان نرى بأنه يتعين علينا أن نقسم هذه الدراسة الى فرعين نتناول في الفرع الأول الابراء من الأعيان في الفقه الاسلامي ونتناول في الفرع الثاني الابراء من الأعيان في القانون المدني وذلك حتى نتوصل الى معرفة ما لا يقبل الابراء من الأعيان سواء في الشريعة الاسلامية أو في القانون المدني .

الفرع الأول
الابراء من الأعيان في الفقه الاسلامي

بادئ ذي بدء نقول بأنه لا يصح الابراء من الأعيان (2) ولكن الابراء من

---

(1) الأعيان وهي جمع عين وهو كل حق عيني وقع على أشياء عقارية وهي تقتصر في تشريعنا الجزائري وهذا تماشيا مع التشريعات العربية الأخرى على الحقوق العينية الأصلية والتبعية أما الحقوق الشخصية فتخرج عن نطاق الحقوق العينية حتى ولو كان محلها عقارا كما في التزام المؤجر بتسليم العقار المؤجر الى المستأجر تنفيذا لعقد الايجار اذ مثل هذه الحقوق الشخصية الواقعة على عقار تظل من قبيل الأموال المنقولة وهذا عملا بمفهوم المخالفة للمادة 684 ق.م.ج والتي تنص على مايلي:

((يعتبر مالا عقاريا كل حق يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار)) .

انظر في كل ما تقدم الدكتور الأستاذ محمد وحيد الدين سوار في كتابه شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة 1979 ص: 144 ، 145 .

* (2) ان فقهاء الشريعة الاسلامية يفرقون ويميزون ما بين مفهوم الدين ومفهوم العين وذلك على أساس أن الدين هو ما يتعلق بالذمة المالية أما العين فلا تتعلق بالذمة المالية بل يكون الحق عينا كان أو شخصيا متعلقا بالعين ذاتها، كما يضيف فقهاء الشريعة

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

دعـواها صحيـح فلـو قـال مثلا شخص لشخص آخر أبرأتـك مـن دعـوى هذه العين صح الابـراء ولا تسمـع دعـواه فيهـا بعد ذلك وان الابـراء مـن الدعوى هو ابراء من حق وعليـه يمكن لنـا أن نقـول أن الابـراء في الفقـه الاسلامـي والمتعلـق بالأعيـان امـا أن يكون عـن دعـواها وهـذا الابراء صحيـح لأنه اسقـاط للحق واما أن يتعلق بنفس العيـن فلايصح اللّهـم الاّ اذا كانت العين مغصوبـة ومستهلكـة فـان الابـراء يـكـون صحيحا لأنـه ابـراء من قيمتهـا كما في حـالة الابـراء من الدين ، وان كانـت العيـن قائمـة كان معنى الابـراء فيهـا البـراءة من ضمـانها لو هلكت وتصير بعد هذا الابراء أمـانة لاتضمـن الا بالتعدى عليها وان كانت العين أمـانة فالابـراء منها لايصح ديانة بمعنى اذا ظفـر بهـا مالكهـا أخـذها ولكنـه يصبح قضـاءا فلا تسمـع القاضي دعـواه بعـد الابـراء ، وذهـب زفـر وهو مـن الحنفيـة الى عـدم صحـة الابـراء ، وفي هـذه الحالة فتظـل العين مضمونـة (1) .

ونخلص من كل مـا تقدم الى القـول بأن الابـراء مـن الأعيـان في فقه الشريعـة

الاسلاميـة قولهم ان التميز بيـن الدين والعيـن في الفقه الاسلامي غـير التمييـز بيـن الحـق الشخصي والحـق العيني ، فالديـن ليـس هو كل الحق الشخصي بل هو صورة مـن صوره والعيـن تستغـرق الحق العيني وبعضا من الحق الشخصي فالعين أوسع من الحـق العيني وعليـه فليس صحيحا ما ذهب اليه بعض الفقهاء من أن الديـن يقـابل الحـق الشخصي والعين تقابل الحق العيني .

انظر فيما تقدم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج 01 المرجع السابق ص: 15

انظر أيضا الدكتور مصطفى الزرقاء في كتابه الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ص: 16 ، 20 الطبعة الثانية 1949 .

1) أنظر في هذا المعنى حاشية ابن عابدين ج 04 الطبعة الثالثة الأميرية 1325هـ 496 .

انظر أيضا حاشية اللآلي الدرية في الفوائد الخيرية مطبوع مع جامع الفصولين ج 2 ص 214 وقد جاء فيه على الخصوص مايلي:

ويعتبر الابراء من العين المغصوبة ابراء من ضمانها وبه تصير أمانة في يد الغاصب .

أما زفر من الحنفية فيرى بأنـه لا يصح الابراء وتبقى العين مضمونة واذا كانت العين مستهلكة صح الابراء وبرئ من قيمتهـا .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الاسلامية على معنى تمليكها لمن هي في يده لا يصح وانما يفيد ابراءه من ضمانها اذا كانت في يده مضمونة فتصير بهذا الابراء أمانة في يده وتأسيسا على كل ذلك فان الابراء لا يصح بالنسبة الى الأعيان غير المضمونة وانما يصح الابراء من الادعاء بها ويكون للمبرأ أن يأخذها (1) .

الفرع الثاني
الابراء من الأعيان في القانون المدني

اذا كان من المسلم به وأن حقوق الدائنية تنقضي بالابراء وهذا ما نصت عليه مختلف التشريعات الوضعية ومنها القانون المدني الجزائري في المادة (305 م.م.ج) فان التساؤل يثور حول ما اذا كانت الحقوق العينية تصلح وأن تكون محلا للابراء أم لا ؟ وللاجابة على هذا التساؤل لابد لنا من أن نشير الى أنه من المقرر في القانون المدني وأن الحقوق العينية اما أن تكون حقوقا عينية أصلية أو حقوقا عينية تبعية (2) ويقصد بالحق العيني الأصلي ذلك الحق الذى يرد على شيء مستقل وقائم بذاته ونعت بالأصل لأنه مقصود لذاته ولا يستند الى حق آخر (3) وهو عدة أنواع كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق الحكر وحق الارتفاق .

أما الحق العيني التبعي فهو ذلك الحق العيني الذى لا يوجد مستقلا بنفسه بل يقوم تبعا لحق شخصي وينشأ لضمان الوفاء به (4) وأنواعه أربعة وهي الرهن الرسمي والرهن الحيازى حق الاختصاص وحق الامتياز .

ولنبدأ بالكلام عن الحقوق العينية الأصلية وهي حق الملكية وما يمكن أن يتفرع عنها من الحقوق المذكورة أعلاه ولنلاحظ من أول الأمر بأنها لا تصلح بأن تكون محلا للابراء ولكن هناك منها ما يكون قابلا للنزول عنه ومنها ما لا يقبل حتى النزول .

---

(1) المراجع السابق الاشارة اليها في الهامش من هذا الكتاب في نفس الموضع ص: 76 .
(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمود جمال الدين زكي في كتابه الحقوق العينية الأصلية طبعة 1978 ص: 16 .
(3) أنظر كتاب الحقوق العينية الأصلية للدكتور جمال الدين زكي المرجع السابق ص: 16 . 17
(4) أنظر في هذا المعنى جلال العدوى في بحثه النزول عن الحقوق بمجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية سنة 1967 فقرة 44 ص: 191 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فحق الارتفاق قابل للنزول عنه وحق الانتفاع يقبل النزول أيضا فيعود الحق الى مالك الرقبة (1) .

ولصاحب السكن أو الحكر أن ينزل عن حقه أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية والتي أشرنا اليها من قبل (2) فيمكن أن تنقضي بنزول الدائن عن هذه الحقوق غير أنها لا تنقضي بالابراء وانما الذى يمكن أن ينقضي بالابراء هو الدين المضمون باحدى الحقوق العينية التبعية ولقد جاء في المادة : 1507 من المشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى الحالي نصا يجيز تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي ولئن هذا النص قد حذف (3) غير أن هذا لا يمنع من أن نقول وطبقا للقواعد العامة بجواز النزول عن الرهن ولا يشترط افراغ هذا النزول في ورقة رسمية ولا يترتب على النزول عن حق الرهن المساس بأصل الدين الذى كان الرهن ضامنا له اذ يظل هذا الدين قائما بالرغم من انقضاء الرهن بالنزول عنه اللهم الا اذا أبرأ الدائن مدينه من الدين فان الدين ينقضي بالابراء كما ذكرنا من قبل ، ونلاحظ أيضا وأن المشرع الجزائرى وهو يتكلم عن انقضاء الرهن الرسمي لم ينص أيضا على امكانية نزول الدائن المرتهن عن الرهن الرسمي وما قلناه بالنسبة للقانون المدني المصرى وهو امكانية نزول الدائن عن حقه في الرهن الرسمي وهذا طبقا للقواعد العامة فانه ينطبق بالنسبة للقانون المدني الجزائرى وقد نصت المادة : 965 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 1113 من القانون المدني المصرى على مايلي : ((ينقضي حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية)) :

اذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ غير أنه اذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق الغير الا برضاه ، أما المادة : 1113 من القانون المدني المصرى فقد نصت على ما يلي :

---

(1) أنظر في هذا المعنى جلال العدوى في بحثه النزول عن الحقوق بمجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية لسنة 1967 فقرة : 191 .

(2) أنظر في هذا المعنى مما سبقت الاشارة اليه في هذا الكتاب ص: 22 وما بعدها .

(3) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ج 07 ص: 147 هامش رقم 01 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أ — اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في ابراء ذمة المدين ، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلي الدائن باختياره عن الشيئ المرهون أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ على أنه إذا كان الرّهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير فان تنازل الدائن لاينفذ في حق الغير الاّ اذا أقره .

وما يمكن أن يلاحظ على النص الجزائري أن المشرع لم يشترط فيه أهلية التبرع كما فعل المشرع المصري اذ أن هذا الأخير اشترط لصحة النزول عن الرهن بنوعيه أي الرهن الرسمي والرهن الحيازي الأول طبقا للقواعد العامة والثاني بنص قانوني أن يكون المتنازل هو الدائن المرتهن أهلا لابراء التصرفات الضارة ضررا محضا لأن النزول عن الرهن زان لم يترتب عليه انقضاء الدّين المضمون به الاّ أنه يقلل من فرص استيفائه ، ولسنا ندري لماذا المشرع الجزائري أسقط جملة :((وكان ذا أهلية في

وكنا نود لو أن المشرع الجزائري أخذ بكامل النص المصري ويجعل قيدا على التنازل باشتراط أهلية التصرف لأن الدائن بتصرفه المتمثل في النزول عن الرّهن يعتبر قد أضعف من التأمينات التي تضمن له دينه وهذا يعتبر عملا ضارا له ضررا محضا ومن هنا يمكن تطبيق القواعد العامة ويكون تصرفه باطلا اذا كان ناقص الأهلية وهذا طبقا لأحكام المادة : 83 من قانون الأسرة الجزائري ونلاحظ أخيرا بأن الكفالة وهي من التأمينات الشخصية تنقضي بالابراء بصفة أصلية وذلك بابراء ذمة الكفيل دون المدين ويمكن أن تنقضي بصفة تبعية اذا انقضى الالتزام الأصلي المكفول بابراء ذمة المدين الذي كانت تضمنه أو أي سبب من أسباب الانقضاء الذي ينقضي بها الالتزام بصفة عامة لأن التزام الكفيل هو التزام تبعي يرتبط بالالتزام الأصلي ويدور معه وجودا أوعدما (1) .

أما بالنسبة لحق ملكية المنقول فانه يقبل النزول وبالتخلي عنه وهذا ما نصت عليه المادة : 871 من القانون المدني المصري والتي تنص على مايلي :((يصح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته)) ولا يوجد مقابل لهذه المادة في القانون المدني الجزائري والسؤال الذي يثور فيما يخص الابراء من الأعيان يتعلق بالملكية الواردة على العقار هل يقبل هذا الحق الابراء أو النزول أم لايقبل ؟ ان حق ملكية العقار كحق ملكية

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب في كتابه التأمينات العينية المرجع السابق فقرة : 319 ص: 274 . 275 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المنقول وكسائر الحقوق العينية الأخرى لا تقبل الابراء (1) وهكذا لم يبق في هذه الحالة الاّ ما يسمى بحق النزول وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

قد ينزل مالك العقار المرتفق به عنه تخلصا مما قد يقع عليه من القيام بالأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق أو المحافظة عليه وذلك بالتخلي عنه كله أو عن جزء منه لمالك العقار المرتفق به وقد عبرت عن هذا الحكم المادة : 874 من القانون المدني الجزائري بقولها:

((اذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته جاز له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق))(2) .

كما أن للشريك في المال الشائع أن ينزل عن حقه تخلصا من نصيبه في نفقات المال الشائع وذلك بالتخلي عن حصته في النفقات والتكاليف وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من أي التزام عيني وهو الالتزام الذي يكون على عاتق ذلك العين ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة وهو يتكلم عن نفقات وضيلنة الملكية الشائعة وهذا تماشيا منه مع المشرع المصري الذي كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة : 902 المقابلة للمادة : 831 مدني مصري على مايلي:

((على أن لكل شريك أن يتخلص من نفقات المال الشائع اذا تخلى عن حصته فيه)) .

ولكن هذا النص قد حذف (3) ويترتب على هذا التخلي أن تصبح هذه الحصة

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 121 .

(2) تقابلها المادة : 1022 من القانون المدني المصري والمادة : 699 من القانون المدني الفرنسي .

(3) أنظر المادتين : 656 ، 667 من القانون المدني الفرنسي .

وانظر أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 6 ص: 95 فقد جاء فيها على الخصوص مايلي:

لكل شريك أن يتخلص من الالتزام بالنفقات اذا هو تخلى عن حصته كما هو شأن كل صاحب حق عيني وقد أشارت لجنة مجلس الشيوخ الى حذف المادة: 902 لأن فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق ولكن اجراء حكمه من الناحية العملية يقتضي وضع التفاصيل يحسن تجنبها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التي يتنازل عنها الشريك ملكا للشركاء الآخرين كل بحسب حصته في المال الشائع وتبرأ ذمة الشريك المتخلي من الالتزامات الناشئة عن اشتراكه في الملكية واذا كان المال عقارا وجب تسجيل سند التخلية حتى تنتقل الملكية الى الشركاء الآخرين .

وما يلاحظ في هذا الصدد أنه بالنسبة للملكية المشتركة في العقارات المبنية فانه لا يحق للمالك الشريك أن يتنازل عن حصته في الأجزاء المشتركة تخلصا منه من المساهمة في المصاريف وقد نص على هذا الحكم المشرع المصري في المادة : 558 / 2 ق م م بقوله ((لا يجوز لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر)) .

أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لمثل هذا الحكم سواء في القانون المدني الصادر في سنة : 1975 أو في تعديله لأحكام الملكية المشتركة في العقارات المبنية الصادر بقانون رقم 83، 01 المؤرخ في 15 ربيع الثاني عام 1403 الموافق 29 يناير عام 1983 وانما ترك هذه المسألة للقواعد العامة ، ونحن نعلم بأنه طبقا للقواعد العامة فانه يجوز للشريك في المال الشائع أن يتخلى عن حصته لتخلص من المصاريف والتكاليف التي تكون عليه بسبب هذه الحصة وعليه كنا نود لو أن المشرع الجزائري قد نص على هذه المسألة مثل ما فعل المشرع المصري وحكم بعدم امكانية التخلص من نفقات الأجزاء المشتركة لأن الشخص اذا كان يستطيع التنازل عن حصته في الشيوع العادي فان ذلك لا يتيسر له في الشيوع الجبري والمتمثل في ملكية الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية لأن هذه الأخيرة أي الأجزاء المشتركة مرتبطة ارتباط وثيق بالأجزاء الخاصة وعليه فاذا استطاع المالك للأجزاء المشتركة التخلي عن حصته من الناحية القانونية فانه من الناحية العملية لا يستطيع وذلك كضرورة استعماله للسلم والسطح وأساسات الدار الخ .

واذا كان التخلي عن العقار في الحالات التي ذكرناها يعتبر بمثابة نزول مسقط لحق ملكية العقار وهذا هو الرأي الراجح لدى أغلبية الفقه .(1) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى جلال العدوي في بحثه السابق فقرة : 46 ص: 193 بمجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 1967

وقد أشار الأستاذ جلال العدوي في بحثه الى أن اللجنة الفرعية لمراجعة التشريعات المدنية في مصر قد اقترحت مادة تنص على أنه ((تنقضي الحقوق العينية الواردة على المنقولات والعقارات متى عبّر صاحب الحق على صورة لا تحتمل الشك عن ارادته في التخلي عن حقه))

All Rights Reserved Library of University of Jordan Center of Thesis Deposit

غير أنـه ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن فكرة الملكية وعدم سقوطها بعدم
ستعمال لا يعتبر صفة جوهرية للملكية كما يرى جمهور الفقهاء (1) وانما هو أثر من
ار صفة الاطلاق التي كانت تتصف بها الملكية في ظل المذهب الفردي وقد أصبح
ا المذهب محل نظر لأنه لا يتفق مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية اذ تقتضي هذه
ليفة أن يستعمل المالك ملكه وأن يشغله والا كان في هذا ضرر بالجماعة مما يمكن
ه القول بسقوط الملكية بعدم الاستعمال ومن ذلك أن المادة : 962 من القانون

شك عن ارادته في التخلي عن حقه الى أن اللجنة العامة انتهت الى حذفها لأن
خلي مجرد تطبيق للقواعد العامة وان النص عليه يحتاج الى تفصيل يحسن تجنبه .
ظر أيضا الحقوق العينية الأصلية للدكتور اسماعيل غانم الجزء الأول طبعة : 1961
رة 6 ص: 53.
ظر أيضا عبد المنعم فرج الصدة في كتابه التأمينات العينية والشخصية فقرة 13 ص: 30
03.
لبيب شنب في كتابه التأمينات العينية فقرة : 214 ص: 216.
التشريعات ما نص صراحة على حق النزول عن ملكية العقار كالقانون الألماني في المادة
9 والقانون السويسري في المادة : 729.
La propriété ne se perd pas par le non usage.
(1) انظر في هذا المعنى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في كتابه التأمينات العينية
شخصية المرجع السابق فقرة : 41 ص: 21.
نظر في هذا المعنى أيضا الحقوق العينية الأصلية للدكتور اسماعيل غانم المرجع السابق
زء الأول طبعة 1961 فقرة : 27 ص: 55.
ظر أيضا محمد لبيب شنب المرجع السابق فقرة : 214 ص: 217.
ظر أيضا جلال العدوى في بحثه السابق فقرة 47، 48 ص: 193، 194
ظر أيضا الدكتور السنهوري حيث يذهب الى القول بأن عدم سقوط الملكية بعدم
ستعمال لا يقوم على أساس من جوهر الملكية وأنه ما دامت الملكية بعدم
ستعمال يقوم على أساس من جوهر الملكية وأنه ما دامت الملكية تدوم مادام
جود القانوني للشيء المملوك وما دام المالك له أن يستعمل الملكية تقتضي اذا أن هذا
ق لا يزول بعدم الاستعمال .
شار الى هذه الفكرة الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع
سابق ص: 123 هامش رقم 01.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدني الجـزائرى تنص علي مايلي:

((الأرض ملـك لمن يخدمهـا)) .

وتقـابلها المادة : 874/ 1 من القـانون المدني المصرى حيث تنص على مايلي:

((ان الأرض غير المزروعـة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولـة)) .

كمـا أن المادة : 773 من القانون المدني الجزائرى تنص على مايلي:

((تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لهـا مالك))

وهـذا أيضـا مـا جـاء في المـادة : 539 مـن القـانون المدني الفرنسـي حيث تنـص علـى ما يلي:

((كل الأموال الشاغرة التي لا مالك لها تدخل في الملكية العامة)) .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن الابراء من الأعيـان في القانون المدني غير جائز وانمـا هنـاك بعض الحقـوق العينيـة التي يجـوز التنازل عنها وهذا حسـب مـا بينـاه فيمـا سبق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني
الحقوق التي يجوز فيها الابراء

لقد ذكرنا فيما سبق أن هناك حقوقا لا يجوز فيها الابراء أى أنها لا تقبله وما سنحاول توضيحه في المبحث الآتي هو الحقوق التي تقبل الابراء وسنتعرض فيه الى الابراء من الحقوق العائلية والابراء من الحقوق المالية .

المطلب الأول
الابراء من الحقوق العائلية

الفرع الأول
اسقاط المرضعة حقها في أجرة الرضاع

اذا أسقطت المرضعة حقها في أجرة الرضاع أعتبر ذلك ابراء لمن وجبت عليه فإن أن فقهاء الشريعة الاسلامية يفرقون في هذا الشأن بين ما اذا كانت المرضعة هي الأم أو غيرها .

1) المرضعة هي الأم

اذا كانت المرضعة هي الأم فاما أن تكون زوجة أو معتدة من طلاق رجعي أو معتدة من طلاق بائن أو معتدة من وفاة .

أ- الأم زوجة أو معتدة من طلاق رجعي :

لقد ذهب الحنفية والمالكية فيما اذا كانت الأم زوجة أو معتدة من طلاق رجعي الى القول بأن اسقاط حقها في أجرة الرضاعة في هذه الحالة لا يجوز لأن من شروط صحة الاسقاط أن يكون محل الاسقاط حقا ثابتا والأم في هذه الحالة ليس لها في أن تأخذ أجرة على الرضاعة (1) لأن الزوج مكلف بالانفاق عليها فلا تجب عليه نفقة

---

(1) أنظر في هذا المعنى المادة : 268 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الامام ابن حنيفة للمرحوم محمد قدوري . وقد نصت هذه المادة على ما يلي :

اذا أرضعت الأم ولدها من زوجها حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي فلا تستحق أجرة على ارضاعه .

وانظر أيضا في فقه الحنفية البحر الرائق لابن نجيم ج 03 ص : 223 .

أنظر كذلك الدر وحاشية ابن عابدين ج 02 ص : 695 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أخرى حتى لا يترتب على ذلك أن تجمع الأجرة والنفقة في مال واحد وهذا لا يجوز (1) .

أما الشافعية (2) والحنابلة فيذهبون الى القول أن للأم استحقاق أجرة الرضاع في هذه الحالة وبالتالي فاذا أسقطت حقها في أجرة الرضاع صح الاسقاط لوجود محله وهو الحق الثابت للمرضعة (3) .

واذا ما أردنا أن ندقق في كل ما قلناه فان الأمر يبدو وأن ما ذهب اليه الحنفية والمالكية هو الواجب الترجيح لأن في ايجاب الأجرة على الأب حال قيام العلاقة الزوجية سواء كانت هذه الزوجية حقيقة أم حكما اضرارا بالأب وتكليفا له بما لا يطيق ولا يكلف الله نفسا الا وسعها كما أن الله سبحانه وتعالى يقول:

لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده (4) .

ومن الأضرار بالوالد في هذه الحالة أن تلزمه أجرة الرضاع حال قيام الزوجية فوق التزامه بالانفاق على زوجته واذا كانت الأم لا تستحق أجرة على الرضاع لواحد هما على النحو السابق فلا يصح لها اذا أن تسقط أجرة الرضاعة وبالتالي لا يصح ابراء ذوجها لفوات المحل (5) .

الأم معتدة من طلاق بائن .

اذا كانت الأم معتدة من طلاق بائن وعلى الرأى الراجح عند الحنفية فانها

---

(1) اذا فرضنا أن الزوج استأجر لارضاع ولده من غيرها فلها الأجرة المادة : 368 / 2 من كتاب الأحكام الشرعية السابق .

(2) أنظر في هذا المعنى الاشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعية ص: 482 .

(3) أنظر في هذا المعنى من حيث الأحكام والآراء .

الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ص: 131 ، 132 الطبعة الثالثة 1938 .

(4) سورة البقرة آية : 231 .

(5) أنظر في هذا المعنى الأحوال الشخصية للشيخ زكي الدين شعبان ص: 60 .

أنظر أيضا الفقه المقارن للأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين بدران المرجع السابق ص: 541 .

وانظر أيضا أحكام الأسرة في الاسلام للأستاذ محمد سلام مدكور ج 02 ص: 101 ، 102 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

في هذه الحالة تستحق الأجرة وبالتالي فان حقها يصبح ثابتا وهذا ما نصت عليه المادة : 369 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية بقولها : ((اذا أرضعت الأم ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن أو فيها وطلبت أجرة على ارضاعه فلها الأجر)) .

غير أن ما يلاحظ في هذا الشأن أن ما تنص عليه المادة : 27 من كتاب الأحكام الشرعية المذكور آنفا بقولها : ((الأم أحق بارضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الأجنبية ما لم تطلب أجرة أكثر منها ، ففي هذه الحالة لا يضار الأب وان رضيت الأجنبية ارضاعه دون أجرة المثل والأم تطلب أجرة المثل فالأجنبية أحق منها بالارضاع (1)

وهكذا اذا كانت الأم تستحق الأجرة فانه يجوز لها أيضا أن تبرئ زوجها منها ويكون ابراؤها صحيحا وهذا بوجود محله وتوافر شروطه .

وما ذهب اليه الحنفية نجده أيضا لدى المالكية فقرروا بأن المطلقة طلاقا بائنا تستحق الأجرة على ارضاع صغيرها بشرط أن يكون للأب مالا فاذا أبرأت الأم من تجب عليه الأجرة صح الابراء لأن الاسقاط في هذه المرة يكون عن حق ثابت .

ج - الأم معتدة من وفاة .

اذا كانت الأم معتدة من وفاة فانها تعتد لحق الشرع لا لحق الزوج وعليه فهي تستحق أجرة على الارضاع وبهذا يحق لها أن تبرئ من تجب عليه هذه الأجرة ويكون الابراء صحيحا لتوافر محله .

2) المرضعة غير الأم .

قد تكون المرضعة غير الأم وتسمى في فقه الشريعة الاسلامية الظئر وهي تلك المرأة التي تستأجر لارضاع الصغير وهي اجارة جائزة شرعا لقوله سبحانه وتعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن (2) .

غير أنه يشترط في هذه الأجرة أن تكون معلومة علما نافيا للجهالة المفضية الى النزاع وعلى هذا فقد ذهب الصاحبان أبو يوسف ومحمد من الحنفية الى أنه لا يجوز استأجارها بالأكل والكسوة لجهالة الأجر جهالة تؤدي الى المنازعة أما أبو حنيفة فقال بأنه يجوز استأجارها بهما اذ العادة جرت على التوسعة على

---

(1) أشار الى هذه المادة الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 129 هامش رقم 02 .

(2) سورة الطلاق آية : 06 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الظئر شفقة بالرضيع فلا يحصل النزاع ، فاذا اشترط عليها ارضاع الصغير فليس لها أن ترضعه من غيرها والا سقط حقها في الأجرة (1) .

وكتأسيس على كل ما تقدم تستطيع أن نقول اذا كانت المرضعة غير الأم استحقت الأجرة على ارضاعها للصغير وهذا بلا خلاف بين الفقهاء ومن ثم يجوز لها تبرئ من وجبت عليه الأجرة بعد ثبوتها وثبوتها يتحقق بالارضاع وبالتالي تكون ابراؤها صحيحا لأنه اسقاط من حق ثابت في الذمة أي ذمة المرضعة .

الفرع الثاني

الابراء من النفقة الزوجية (2)

بادئ ذي بدء نقول بأن النفقة هي ما تحتاج اليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وفراش وغطاء وخدمة وغير ذلك مما يلزمها عرفا (3) .

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المعنى في نص المادة : 78 من قانون الأسرة الجزائري بقوله :

((تشمل النفقة : الغذاء ، والكسوة ، والعلاج ، والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)) .

والحالة التي تجب فيها نفقة الزوجة على زوجها بعد العقد عليها حتى ولو كان غنيا عليها بعد ذلك طالما بقيت محبوسة ومقصورة على الزوج أو مستعدة للاحتباس وهذا ورد في شرعية النفقة قوله سبحانه وتعالى : ((على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) (4) .

والمقصود بالمولود هو الأب فيجب عليه اذا ومقتضى ظاهر الآية الانفاق على زوجته وقوله أيضا في محكم تنزيله ((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها)) (5) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى المعاملات في الشريعة الاسلامية للأستاذ أحمد أبو الفتح ج 02 المرجع السابق ص: 415 .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص : 127 . 128 .

(3) أنظر في هذا المعنى الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للشيخ زكي الدين شعبان المرجع السابق ص: 309 فقرة 187 .

(4) سورة البقرة آية : 233 .

(5) سورة الطلاق آية : 07 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فهذه الآية يستفاد منها وجوب الانفاق تبعا للسعة والضيق على المعتدات فتفيد بالأولى ذلك على الزوجات (1) وقال صلى الله عليه وسلم حين جاء رجل يسأله عن حق المرأة على زوجها فقال : يطعمها اذا طعم ويكسوها اذا كسى والا يهجرها الا في المبيت ولا يضربها ولا يقبح .

واذا رجعنا الى قانون الأسرة الجزائري فاننا نجد بأن المادة : 94 من هذا القانون قد حددت الوقت الذي يبدأ فيه وجوب نفقة الزوج على زوجته حيث نصت على ما يلي :

((تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها اليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد : 78، 79 ، 80 من هذا القانون واذا رجعنا الى أحكام هذه المواد فنجد أن المادة 78 تنص على ماتشمله النفقة (2) أما المادة 79 فتتحدث عن تقدير النفقة فتنص على ما يلي :

((يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش الخ)) .

أما المادة 80 فتحدد تاريخ استحقاق النفقة عند قيام النزاع بين الزوج والزوجة فنصت على مايلي :

((تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى)) .

وهكذا نجد أن أحكام النفقة في قانون الأسرة الجزائري تكاد تكون منطبقة تمام

---

(1) أنظر في هذا المعنى شرح الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم المرجع السابق ص: 07 .

وانظر أيضا لنفس المؤلف نظام النفقات في الشريعة الاسلامية طبعة 1349 هـ ص: 23 وما بعدها .

وانظر كذلك الأحوال الشخصية ، للشيخ أحمد أبو زهرة فقرة : 212 ص: 243 .

وانظر أيضا الفقه المقارن في الأحوال الشخصية للشيخ بدران أبو العينين بدران ج 1 المرجع السابق ص: 262 .

وانظر كذلك الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للشيخ زكي الدين شعبان فقرة 187 ص 209 الطبعة الثانية 1971 .

بحث للشيخ محمد زكريا البرديسي تحت عنوان التصرف الاسقاطي المرجع السابق ص: 157

(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا المعنى بهذا الكتاب ص: 87 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الإنطباق مع النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة واجتهاد الفقهاء وعليه فاننا نرى أن ما توصلنا اليه فيما يخص الابراء من النفقة في الفقه الاسلامي يمكن تطبيقه على الحالات التي تعرض على القضاء الجزائري فيما يخص الابراء من النفقة وذلك وأن المشرع الجزائري لم ينص على مثل هذه الأحكام سواء في القانون المدني أو في أحكام قانون الأسرة .

وخلاصة لكل ما تقدم نقول بأنه اذا عقد الرجل على المرأة عقد مستوفيا أركانه وشروطه وجب عليه الانفاق على زوجته اذا أحبست نفسها أو استعدت لذلك فاذا أبرأته من هذه النفقة فأما أن يكون الابراء عن نفقة مستقبلة أو عن نفقة ماضية .

1) الابراء عن نفقة مستقبلة

اذا أبرأت الزوجة زوجها عن نفقة مستقبلة فلا يصح هذا الابراء لأن سبب النفقة التمكين أو حق الحبس كما أن صحة الابراء تعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب وذلك أن الابراء لا يكون الا عن حق ثابت في الذمة وهنا فان نفقة المستقبل لم تثبت الحق فيها وبالتالي فلا يصح الابراء فيها (1) غير أن الحنفية استثنوا من عدم

---

1) أنظر في هذا المعنى البدائع للكساني في فقه الحنفية ج 04 ص: 29 .
انظر أيضا الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم المرجع السابق ص: 72 .
انظر كذلك الشيخ زكي الدين شعبان المرجع السابق فقرة : 110 ص 229 .
بحث للشيخ البرديسي المرجع السابق ص :175
انظر كذلك بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية المرجع السابق ج 01
انظر أيضا الشيخ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص: 245 .هامش 01
مما جاء في كتاب الأستاذ أبو زهرة في هذا الموضوع ما يلي :
الابراء الذى يسقط النفقة هو الابراء عن النفقة الماضية لا النفقة المستقبلة لأن الابراء يسقاط لدين واجب الوفاء والنفقة المستقبلة لم تجب فلا تكون دينا فلا تقبل الابراء أيضا لو أبرأته عما يستقبل من النفقة لكان اسقاطا للشيء قبل وجوب سببه لأن السبب هو الاحتباس المتجدد ولم يوجد الاحتباس لهذا أوجب النفقة المستقبلة اذ الاحتباس يتجدد آنا بعد آن ، وكما لا يصح الابراء عن النفقة المستقبلة لا تصح هبتها لأن هبة الدين لمن عليه الدين ابراء .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

صحة الابراء عن النفقة المستقبلة حالتين :

الحالة الأولى : أن تبرئ الزوجة زوجها من النفقة المستقبلة عن مدة واحدة من المدد التي قررت فيها النفقة وهي المدة التي بدأت بالفعل ووجب فيها تمجيز النفقة حسبما تقرر بالتراضي أو بالقضاء فاذا فرضت النفقة شهرية وبدأ الشهر فانه يصح الابراء عن نفقة هذا الشهر لتحقق وجوبها اذ النفقة يجب تنجيزها في أول المدة ولا يصح الابراء عن نفقة الأشهر التي بعده لأنها لم تجب بعد، وكذلك اذا كانت النفقة مقدرة يوميا أو أسبوعيا فان الابراء عما وجب تنفيذه من ذلك وهو نفقة اليوم أو الأسبوع أو السنة التي بدأت فعلا ولا يصح فيما وراء ذلك ما لم تبدأ مدته لعدم وجوبه .

الحالة الثانية : الابراء من نفقة العدة في الخلع فانه صحيح وجائز وان كانت لم تستحق بعد لأن الابراء هنا في مقابل عوض وهو تخليص الزوجة من عقدة الزواج فيعتبر الابراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها وهو جائز أما في غير الخلع فالابراء اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه غير صحيح (1) ويتفق مع الحنفية الشافعية(2) والحنابلة (3) أما المالكية (4) فقد ذهب بعضهم(5) الى القول بأنه اذا أسقطت الزوجة عن زوجها نفقة المستقبل لزمها ذلك ويعللون هذا بأن النفقة سببها الزواج وشرطها

---

(1) أنظر في هذا المعنى محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص: 245 .
وانظر أيضا زكي الدين شعبان الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق فقرة 210 ص: 309 ، 340 .
أنظر أيضا زكريا البرديسي في بحثه السابق التصرف الاسقاطي ص: 175 ، 176 .

(2) الاشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعية ص: 462 .
وانظر أيضا كتاب الأم ج : 5 ص: 80 ، 81 فقد جاء فيه على الخصوص مايلي:
الابراء عن النفقة المستقبلة لا يصح لأنه ابراء قبل وجوب النفقة .

(3) أنظر كتاب كشاف القناع ج 02 ص : 34 .

(4) أنظر كتاب فتح العلي المالك لابن عبد الله محمد أحمد عليش المالكي ج 02 طبعة الحلبي 1356 هـ 1937م ص: 323 .

(5) أنظر الحطاب في فقه المالكية ج 04 ص: 160 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التمكين وذهب بعضهم (1) الآخر الى القول بأن الابراء من النفقة المستقبلة غير صحيح لأنه من قبيل اسقاط الحق قبل وجوبه .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية لا يجيزون الابراء من نفقة المستقبل على أساس أنها حق غير ثابت أو غير موجود ماعدا الاستثناءات التي أتى بها الحنفية ومع ذلك فنحن نرى بأنه حتى في هذه الحالات تكون نفقة قد قررت ووجدت فعلا وبذلك يكون الابراء لشيء موجود فعلا

2) **الابراء من نفقة ماضية** .

اذا كانت النفقة عن مدة سابقة فانه يصح للزوجة أن تبرئ زوجها سواء كانت مفروضة بالتراضي أو بقضاء القاضي فهي تعتبر دينا في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه عليه فهي تقبل الابراء في حدود ما استحق منها والى هذا ذهب جمهور الفقهاء (2) ويرى الحنفية فيما يخص الابراء من نفقة بأنه اذا كانت نفقة للزوجة مفروضة بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين فان الابراء يكون صحيحا لأنها تصبح دينا ثابتا في ذمة الزوج والابراء لا يكون الا في حق ثابت في الذمة وأما اذا كانت غير مفروضة بقضاء القاضي أو بالتراضي فان الابراء لا يصح لأنها لم تثبت دينا في ذمة الزوج والابراء لايكون الا عما هو ثابت في الذمة كما ذكرنا آنفا (3) الا أنه يبدو وأن القول بصحة ابراء الزوجة لزوجها عن النفقة الماضية سواء كانت مفروضة أوبالتراضي أو بقضاء القاضي أم لم تكن كذلك لأنها تجب بمجرد الامتناع عن الانفاق وما دامت قد وجبت في الذمة فان الابراء يصادف محله وهو الدين الثابت فيصح الابراء (4) هذا هو حكم الابراء من النفقة في الفقه الاسلامي وكما ذكرنا من قبل فانه يمكن تطبيق هذه الأحكام بالنسبة للابراء من النفقة فيما لم يرد فيه نص في القانون المدني الجزائري أو في

---

(1) أنظر الحطاب في فقه المالكية ج 04 ص: 160 .

(2) أنظر في هذا المعنى زكي الدين شعبان الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق فقرة : 209 ص : 229 .

وانظر أيضا زكريا البرديسي في بحثه السابق التصرف الاسقاطي ص: 176

(3) أنظر البدائع للكساني المرجع السابق : ج 04 ص: 29 .

(4) أنظر في هذا المعنى بحث زكريا البرديسي التصرف الاسقاطي المرجع السابق ص: 177 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قانون الأسرة وقبل أن ننتهي من هذا الفرع بالبحث ، لا يفوتنا أن نشير الى حالة الابراء من النفقة بعد موت من تجب عليه ، وفي هذا الصدد يذهب فقهاء الحنفية فيما يخص هذه النقطة بالذات الى القول بأن النفقة اذا قضى بها القاضي واستدانها المقضي له فعلا فانها لا تسقط بموت من وجبت عليه وبالتالي فانها تصلح لأن تكون محلا للابراء (1) كما أن الشافعية يرون بأن النفقة الزوجية لا تسقط بموت من وجبت عليه وان لم يقض بها القاضي فالابراء منها بعد الموت ابراء صحيح ، وذهب الحنابلة الى عدم سقوط كل من النفقة الزوجية ونفقة الأقارب اذا طالب بها المستحق فامتنع من وجبت عليه وانفق غيره نيابة عنه على نية الرجوع فيها بعد فلا تسقط بالموت في هذه الحالة وان لم يقض بشيء منها لأنها اذا وجبت لا تسقط بالموت وابراء الميت منها ابراء صحيح .

أما في غير هذه الحالة فقيل لا تصير دينا الا اذا قضى بها وعلى هذا الرأى لا يصح الابراء وقيل هي دين وان لم يقض بها وطبقا لهذا الرأى يصح الابراء (2)

أما المالكية فيرون ورأيهم أقرب الى الصواب أن النفقة الزوجية لا تسقط بالموت سواء أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أم اقترضت وسواء قضى بها أم لا وهذا ما يعتد به في الذمة وحيث كان الأمر هكذا فانه يصح الابراء منها بعد الموت أما مسألة نفقة الأقارب فهي أولا تجب عندهم الا على الأصل المباشر مثل الأب والأم والفرع المباشر مثل الأخ والأخت وثانيا فانها تسقط بالموت لما فيها من معنى الصلة وسد الحاجة وقد زال هذا بالموت وما دامت قد سقطت بالموت فلا معنى للابراء منها بعده . (3)

الفرع الثالث

الابراء من المهر

المهر هو المال الذي يجب على الزوج في عقد الزواج في مقابل استمتاعه بالبضع وقد نعته المشرع الجزائري في قانون الأسرة الصادر عام 1984 بالصداق (4)

---

(1) أنظر في فقه الحنفية المختار لابن عابدين المرجع السابق ج 02 باب النفقة .

(2) أنظر في هذا المعنى كشاف القناع ج 03 ص : 311 .

(3) أنظر في هذا المعنى فقه المالكية للحطاب ج 04 ص: 160

وانظر أيضا الفروق للقرافي ج 01 المرجع السابق ص: 200

(4) أنظر في هذا المعنى زكي الدين شعبان في كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق فقرة : 0-15 ص 258 .

وانظر أيضا محمد زكريا البرديسي في بحثه السابق التصرف الاسقاطي ص : 168 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حيث نصت المادة : 14 من هذا القانون على ما يلي :

((الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء)) .

واذا رجعنا في أصل وجوبه في النصوص القرآنية فنجد قول الله عزّ وجل :

((أتوا النساء صدقاتهن نحلة)) (1)

وقوله سبحانه وتعالى أيضا ((فما استمتعتم به من هن فأتوهن أجورهن فريضة)) (2)

واذا اتفق الزوجان على المهر سواء أكان قليلا أو كثيرا ثم أبرأت المرأة الزوج منه كله أو بعضه فانه يفرق في هذا الشأن بين ما اذا كان الابراء قد حدث قبل العقد أو بعده .

1) الابراء قبل العقد .

في هذا الصدد لا خلاف بين الفقهاء في أنه اذا أبرأت المرأة الزوج من المهر قبل العقد فان الابراء لا يصح لأنها لا تملكه قبل العقد وبالتالي لا تملك الابراء منه لأن الابراء كما ذكرنا من قبل لا يكون الا من حق ثابت في الذمة (3) .

2) الابراء بعد تمام العقد

اذا تم ابراء المرأة لزوجها بعد تمام العقد فان الابراء يكون صحيحا لأنه أصبح حقا خالصا فلها أن تتصرف فيه كما تتصرف فيما هو مملوك لها وهذا ما نصت عليه المادة : 14 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الاشارة اليه (4) .

---

(1) سورة النساء آية 04 .

(2) سورة النساء آية 24 .

(3) أنظر في هذا المعنى بحث لمحمد زكريا البرديسي التصرف الاسقاطي ص: 170 .

(4) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص : 92 .

وقد نصت المادة : 97 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدوري باشا على مايلي :

((المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا أمر زوجها مطلقا وبلا اذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيها اذا كانت رشيدة فيجوز لها بيعه أو رهنه واجارته واعارته وهبة بلا عوض من زوجها ومن والديها ومن غيرهم)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد ورد في مشروعية الابراء في هذه الحالة قوله سبحانه وتعالى في سورة النساء :

((آتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)) (1) .

وقوله جل شأنه أيضا : ((وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح)) (2) .

ويشترط لصحة الابراء أن تتوافر شروطه وهذا طبقا القواعد العامة في أن تكون الزوجة عاقلة بالغة غير محجور عليها لسفه أو عته أو غفلة فاذا كانت الزوجة صغيرة فليس لها حق ابراء الزوج من مهرها (3) وكذلك فانه اذا أبرأ الأب أو الجد لا يصح الابراء كذلك لأن تصرفهما في مال الصغير مقيد بالمصلحة ولا مصلحة بترك شيء من مال الصغير بعد ثبوت العقد (4) ويعتبر الحط من المهر تبرعا ويصح من المرأة لكل المهر أو بعضه (5) اذا ما توافرت شروطه كتصرف من التصرفات التي ترد على سبيل التبرع والحط في المهر اما أن تكون بالابراء أو بالهبة وهذا ما يدعونا الى التفرقة فيما بينهما في هذا الصدد .

---

(1) سورة النساء آية : 04

(2) سورة البقرة آية : 237 .

(3) حاشية ابن عابدين ج 02 ص: 288 .

(4) أنظر في هذا المعنى المغني لابن قدامة ج 06 ص: 373 ومما جاء فيه في هذا الموضوع مايلي :

لقد روى عن ابن منصور عن أحمد ابن حنبل أنه قال : يجوز للأب أن يعفو عن مهر الصغيرة بالشروط الآتية :

1) أن تكون بكر لتكون غير مبتذلة .

2) أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لاتلاف البضع .

3) أن يكون الابراء قبل الدخول لأن الابراء بعده يكون بعد أن أتلف الزوج البضع فلا يبرئ عن بدل متلف .

أما في فقه الشافعية فقد جاء في الوجيز للأمام الغزالي ج 02 ص: 33((وليس للولي أبا كان أو جدا العفو عن صداق الصغيرة على الجديد وفي القديم له ذلك)) .

*(5) لقد جاء في كتاب البحر الرائق لابن نجيم الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية ج : 1 ص: 161 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التفرقة بين الابراء من المهر وهبة المهر

اذا كان المهر دينا ثابتا في الذمة كالنقود وسائر المكيلات والموزونات غير المعينة وقع الابراء صحيحا ولا يشترط لتمامه أن يقبل الزوج الابراء لأنه يتم بارادة منفردة بل يكفي الا يرده أما اذا ردّه فانه يرتدّ بالرّد لأن من الناس من قد يرضى بتحمل منة الابراء (1) .

أما اذا كان المهر عينا من الأعيان فلا يصح الابراء من الأعيان بخلاف الهبة(2) التي تصح سواء أكان المهر دينا أم كان عينا تتعين بالتعيين كالدار والحيوان وهذه الأموال المعينة تتعلق بالحقوق فيها بذواتها فاذا أريد تركها أو ترك بعضها عن ذلك يكون عن طريق الهبة لا الابراء منها اذ الابراء اسقاط وما يتعين بالتعيين يقبل الاسقاط فاذا وهبت الزوجة لزوجها المهر في هذه الحالة صحت الهبة ولكنها تحتاج

---

* يصح حط المرأة من مهرها لأن المهر حالة البقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء والحط في اللغة الاسقاط ويشمل حط الكل أو البعض ويشمل اذا ما قبل الزوج أو لم يقبل بخلاف الزيادة فانه لا بد من صحتها من قبولها في المجلس .

انظر نفس المعنى أيضا كتاب كشاف الحقائق في شرح كنز الدقائق للشيخ عبد الكريم الأفغاني وبهامشه شرح الوقاية لصدر الشريعة عبد الله ابن مسعود ج : 1 ص: 174 الطبعة الأولى : 1318 وانظر أيضا المادة : 80 من كتاب الأحكام الشرعية لقدوري باشا فقد جاء فيه مايلي : ((يجوز للمرأة البالغة أن تحط برضاها في حال صحتها كل المهر أو بعضه عن زوجها ان كان من النقدين ولا يجوز لها حط شيء من الأعيان)) أشار الى كل هذه المراجع والمعاني الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق : ص: 135 ، 136 هامش رقم 02 ، 03 .

(1) أنظر في هذا المعنى زكي الدين شعبان في كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق فقرة : 170 ص: 279 .

(2) أنظر في هذا المعنى البحر الرائق لابن نجيم ج 03 طبعة 1316هـ ص: 161 ولقد جاء فيه على الخصوص مايلي :

((قيد الابراء بأن يكون دينا أي دراهم ودنانير وظاهره ان حط المهر العيني لا يصح لأن الحط لا يصح في الأعيان وفي أنفع الوسائل الظاهر أن الحط يرتد بالرّد وان لم يتوقف على القبول كهبة الدين ممن عليه الدين اذا)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الى قبول الزوج في مجلس الهبة ولا يكتفي سكوته عن القبول والرّد (1) .

أما اذا أبرأته من المهر كله أو بعضه وكان المبرأ منه عينا من الأعيان فلا يسقط الشيء من المهر بل أنه يصبح أمانة عند الزوج لها الحق في أخذه متى أرادت ذلك ويسقط عنه الضمان اذا هلك (2) .

والفرق بين الابراء من الدين والابراء من العين هو سقوط المطالبة بالدين بعد الابراء منه وعدم سقوط المطالبة بالعين بعد الابراء منها كما أن الابراء من الأعيان في الواقع هو ابراء من قيمتها اذا هلكت بسبب الضمان (3) .

المطلب الثاني

الابراء من الحقوق المالية

بعد ما تعرضنا فيما سبق للابراء من الحقوق العائلية سنتعرض فيما يلي للابراء من الحقوق المالية ونخص منها بالبيان ما يلي :

الابراء من رأس مال السلم ، وابراء الدائن للمدين المحجور عليه وابراء الميت من كان عليه ، والابراء من الحوالة وابراء الوصي والوكيل وابراء البائع للمشتري من الثمن .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوجيز للغزالي المرجع السابق ج : 02 ص: 23 .

وقد جاء فيه فيما يخص هبة الصداق من الزوجة ما يلي :

ينفذ ذلك في الدين بلفظ العقود والابراء ولا حاجة الى القبول وينفذ بلفظ الهبة ويحتاج الى القبول على أحد الوجهين ولفظ العفو والابراء لا يزيل الملك في العين .

(2) أنظر في هذا المعنى بحث التزام التبرعات المرجع السابق للشيخ أحمد ابراهيم ص: 239 وقد جاء فيه على الخصوص ما يلي :

اذا أمهر رجل زوجته عينا من الأعيان عقارا كان المهر أو منقولا فأبرأت زوجها من ذلك المهر فلا يصح ابراؤها هذا ولو قبله الزوج فلها أن تطالبه به بعد ذلك لكن لهذا الابراء تأثيرا آخر وهو تغيير صفة اليد فبعد أن كانت يد الزوج في المهر يد ضمان تصبح بهذا الابراء يد أمانة وعلى ذلك يعتبر المهر في يده وديعة فلا يضمن بالهلاك الا بسبب التعدي أو الاهمال .

وانظر في هذا المعنى الشيخ زكي الدين شعبان في كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق فقرة : 170 ص: 279 .

(3) أنظر في هذا المعنى بحث الشيخ أحمد ابراهيم المرجع السابق في نفس الموضع .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الأول
الابـراء من رأس مال السلـــم

يقصد بالسلم في اللغـــة السلف وزنا ومعنى ، أما لدى الفقهاء فيريدون به بيع آجل بعاجل فالآجل هو المبيع وهو المسلم فيه وصاحبه هو المسلم اليه والعاجل هو الثمن وهو رأس مال السلم وصاحبه هو المسلم وهو كذلك رب السلم ويتمامه يمتلك المسلم اليه الثمن في الحال ويثبت المسلم فيه في ذمته دينا للمسلم بتملكه عند تسليمه اليه .

ولا يصح عند الحنفية (1) الا فيما يمكن ضبطه وتعيينه وصفا وقدرا كالمكيـــلات والموزونـــات والعدديات المتقاربة والمتماثلة فلا يصح في العدديات المتقاربة الا اذا بينت أحجامها وأوصافها لدرجة تجعلها متقاربة ولا يصح في الحيوان ولا في الجواهير ولا فـــي الاراضي .

أما المالكية (2) والشافعية (3) فيذهبون الى القول : بيـــع السلم لا يصـــح الا ثبت في الذمة كاللحم وكثير من الأطعمة وهكذا يتضح أنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز السلم في جميع أنواع الحبوب وفي كل ما يوزن ويكال ويعدّ وفي هذا الصدد نجد قولـــه صلى الله عليه وسلم فيه : من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجـــل معلوم (4) .

وهذا فيما يتعلق بتعريف السلم وما يصح فيه السلم وما لا يصح عند فقهاء الشريعة الاسلامية وسنتعرض بعد هذا الى الابراء من رأس مال السلم .

نقول بادىء ذي بدء بـــأنه لا يجوز للمسلم اليه بأن يتصرف فـــي رأس مال السلم

---

(1) أنظر في هذا المعنى فقه الحنفية البدائع للكساني ج 05 المرجع السابق ص: 203 وانظر أيضا البحر الرائق لابن نجيم الحنفي ج 06 المرجع السابق ص: 79 .

(2) أنظر في هذا المعنى فقه المالكية في الشرح الكبير للدردير ج 3 المرجع السابق ص: 176 .

(3) أنظر فقه الشافعية كتاب نهاية المحتاج ج 04 طبعة 1304 هـ ص: 190 .

(4) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد أبو الفتح في كتابه المعاملات في الشريعة الاسلامية ج 02 ص: 380 وانظر أيضا أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ المرحوم الشيخ علي الخفيـــف ص: 455 طبعة 1974 .

أنظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد أبو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية المرجع السابق ص: 386 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

قبل قبضه بأي تصرف كتمليكه لمن هو عليه أو لغيره ولا بالابراء منه وسبب ذلك هو أن تسليمه في مجلس العقد يعتبر حقا للشرع ما دام كذلك فانه لا يملك اسقاطه بنفسه فاذا أسقطه أو ملكه لأحد قبل قبضه اعتبر ذلك بمثابة فسخ لعقد السلم) وهذا ما عبرت عنه المادة : 559 من مرشد الحيران اذ نصت على مايلي :

((لا يجوز للمسلم اليه التصرف في رأس المال قبل قبضه ولا لرب السلم أن يتصرف في المسلم فيه قبل استلامه بنحو بيع أو شراء)) .

وكما سبق وأن أوضحنا من قبل فالرأي الراجح في الفقه الاسلامي ان الابراء يتم بالارادة المنفردة دون حاجة الى قبول ولكنه يرتد بالرد (1) أما الابراء من رأس مال السلم لا يجوز بدون قبول رب السلم (2) لأن قبض رأس المال شرط لصحة السلم (3) فلو جاز الابراء من غير قبول وفيه اسقاط هذا الشرط أصلا لكان الابراء فسخا وأحد المتعاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الابراء ويبقى عقد السلم على حالة واذا قبل جاز الابراء لأن الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وهو جائز (4) .

واذا جاز الابراء وأنه في معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الابراء عن المسلم فيه فهو جائز من غير قبول المسلم اليه لأنه ليس في الابراء عنه اسقاط شرط لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول .

واذا أبرأ المسلم المسلم اليه عن بعض المسلم فيه قبل قبضه براءة قبض باستيفاء صح الابراء وسقط على المسلم اليه الذي أبرأه المسلم منه وان لم يكن قد تسلمه في الواقع معاملة له باقراره وليس له أن يرجع على المعلم اليه بما يقابل ذلك من رأس مال السلم واذا أبرأه ببراءة اسقاط بأن أعفاه من تسليم بعض المسلم فيه كان له أن يرجع بما يقابل ذلك من رأس مال السلم (5) .

---

1) أنظر في هذا المعنى ص : 15 من هذا الكتاب .

2) وأنظر أيضا نص المادة : 1568 من مجلة الأحكام العدلية اذ تنص على مايلي : الابراء اسقاط فلا يتوقف على القبول الا الابراء من بدل السلم فانه يتوقف على القبول .

3) وهذا ما عبرت عنه المادة : 555 من كتاب مرشد الحيران بقولها :
يشترط لبقاء السلم على الصحة قبض رأس المال ولو عينا قبل الافتراق .

(4) أنظر البدائع للكساني ج 05 ص: 203 والبحر الرائق لابن نجيم ج 06 ص: 179 حاشية الحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج 03 ص: 43 .

(5) رد المختار لابن عابدين ج 04 ص : 176 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الثـــاني
ابراء الدائن للمدين المحجور عليـــه

اذا تداين انسان بدين (1) شغلت به ذمة المدين (2) فكانت محل دينـــه وكان من آثـر ذلك التزامه بـه وثبوتـه فيها وتوجـه المطالبة اليـه اذا لم يكن مؤجـلا فان أجل أداؤه ابتدأت المطالبة من وقت حلول أجلـه (3) .

---

(1) يقصد بالدين لغة كل شيء غير حاضر ويجمع على صيغة ديون والفعل منه أن يقال دنته أقرضته ويطلق الدائن على أخذ الدين وعلى المعطى له وأكثر استعماله في الثـاني والمدين والمديون من عليه الدين .

(انظر في هذا المعنى لسان العرب ج 17 ص: 24) .

أما اصطلاحا فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه وخير تعريف له ما يلي:

أنه ما يثبت من مال في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة له .

(انظر في هذا المعنى حاشية الحموى على الاشباه والنظائر ج 02 ص: 209 .

(2) الذمة في اللغة هي العهد أما في الشرع فهي وصف يصير به الانسان أهلا لما له وعليه ، والأسباب الموجبة لثبوت المال في الذمة ثلاثة هي:

1) العقود ـ (2) الأفعال ـ (3) النصوص .

فالعقود كثيرة ومتنوعة كالقرض والاجارة والبيع ونحو ذلك .

أما الأفعال فكالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدى فانه يثبت بهما مثـل المغصـوب والمستهلك وان كان مثليا وقيمته وان كان قيميا في ذمة الغاصب والمستهلك .

أنظر في هذا المعنى المعاملات في الشريعة الاسلامية للأستاذ أحمد أبو الفتح المرجـــع السابق ج 01 ص: 115 .

وأما النصوص فالمراد بها النصوص الشرعية التي توجب مالا في ذمة الشخص لغيره دون أن يكون هناك عقد أو فعل يترتب عليه مثل النصوص التي توجب الزكاة على المكلفين وكـذلـك النصوص التي تنص على مايلي:

((تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتيـــاج ودرجة القرابة في الارث)) المادة : 77 قانون الأسرة الجزائري .

(3) جاء في كتاب فتح القدير الجزء الخامس صفحة 151 في هذا المعنى مايلي:

اذا لزم انسان دين بسبب من الأسباب حلّ في ذمته وشغلت به فوجـب عليـــه أداؤه في مواقيته فاذا كان حالا لزمه أن يوفيه في الحال وان كان مؤجلا لزمه أن يوفيـه فـي

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فاذا أبرأ الدائنون المحجور (1) عليه للدين من الدين المحجور عليه بسببه ابراء اسقاط أو وهبوه له أو تصدقوا به عليه اذا كان فقيرا أبرئ المدين من الدين واستتبع ذلك انتهاء حجره لسقوط موجبه ومثل الابراء والهبة في الحكم انقضاء الدين بموت المحجور عليه معدما لسقوط الدين عنه وعدم مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم وكذلك الحال اذا اتحدت ذمة المحجور له بموت الدائن واحدا كان أو أكثر وليس له وارث الا المدين المحجور عليه فيرثه في الدين ويصبح دائنا ومدينا في وقت واحد فيحل له محل الدائن المورث ولا تتصور المطالبة لمثل هذا الدين لأن الوارث المدين اذا طالب به فهو انما يطالب نفسه ليأخذ لنفسه لاتحاد ذمته ولهذا فان الدين يسقط في هذه الحالة وتبرأ ذمة المدين لعدم الفائدة من المطالبة وبالتالي فان الحجر(2) ينتهي بسقوط سببه .

* أجله فاذا أبرأه الغرماء من الدين نفذ التصرف واذا أبرأ الغريم الميت أو أدى الدين عنه خلصت التركة من الدين .

(1) أنظر في هذا المعنى رسالة الحجر على الدين في الفقه الاسلامي للدكتور أحمد الخطيب ص: 712 طبعة عام 1964 بالقاهرة .

أنظر في هذا المعنى المصباح المنير الحاء مع الجيم وما ثيلتها وفي الاصطلاح الحجر على المدين المفلس هو منعه من التصرف في ماله بكل ما يسعى حقوق الغرماء وذلك بمنعه من التصرفات الضارة بمصلحته صيانة لحقوقهم في ماله وتمكينا لهم من استيفائها ، ولا يرى الامام أبو حنيفة الحجر على المدين وان كان دينه مستغرقا لما يملك أو كان مماطلا في ذاته وذلك لأن الحجر اهدار لأدميته وانسانيته وخالفه في ذلك جمهور الفقهاء فهم يرون الحجر عليه بشرطين .

أولهما : أن يركب المدين دين مستغرق لماله أو يزيد فتكون مجموع ديونه الحالة أو المؤجلة أكثر من ماله .

ثانيهما : أن يطلب الغرماء الحجر عليه فلا يجوز بغير طلب الغرماء .

أنظر في هذا المعنى البحر الرائق المرجع السابق ج 08 ص: 83 .

(2) ينتهي الحجر بموت المدين المحجور عليه اذ لا يتصور منع من مات عن التصرف في ماله وانما ذكر المدين المعدم هنا لأن موت المدين الذي يترك ماله مهما كان مقداره لا يسقط حق الدائنين فيه ولا يبرأ منه المدين لحقهم وان كان قد سقط بموت المدين المحجور عليه الا أنه يبقى معلقا بمال الميت تقديما له على حق الورثة وهذا تطبيقا للقاعدة (لا تركة الا بعد سداد الديون)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما اذا كان الابراء أو ما في حكمه واقعا من بعض الغرماء أو منهم جميعا ولكن في جزء معين من ديونهم فانه ينظر حينئذ ما اذا كان ماله كافيا للوفاء بما بقي عليه من الدين وتمكن الدائنون من الحصول على كامل حقوقهم منه فان الحكم في انتهاء الحجر عندئذ لا يختلف عن حكم الحالة السابقة أما اذا عجز ماله عن الوفاء بالجزء الباقي عليه بعد أن سقط عنه الجزء الذي برئ منه فان الحجر لا يرتفع في هذه الحالة لعدم زوال سببه(1)

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن ابراء الدائنين للمدين المحجور عليه يترتب عليه انقضاء الدين وبالتالي انتهاء الحجر عليه لسقوط موجبه ولكن هل يحق للمدين المحجور عليه أن يقوم باجراء تصرف يضر بمصلحة الغرماء كأن يبرئ هو بدوره مدينا له من دين مستحق له قبله ؟ ذهب الامامان أبو يوسف ومحمد من الحنفية (2) وهما من القائلين بجواز الحجر على المدين الى القول بأن تصرف المدين المحجور عليه في ماله بالبيع أو الهبة أو الابراء ينعقد موقوفا على اجازة الغرماء والى هذا الرأى جنح المالكية (3) والشافعية (4) في أحد القولين في المذهب وكذا في احدى الروايتين عند الربيعة (5) الأمامية والزيدية (6) وقد استدل هؤلاء الفقهاء أن الحجر على المدين من تصرف قولي والمنع من النفاذ لا يقتضي البطلان وانما يقتضي وقف نفاذ التصرف على اجازة الدائنين لأن الحجر مقرر في الأصل لمصلحتهم فلهم أن يجيزوا الابراء في هذه الحالة ولهم ألا يجيزوه وذهب الشافعية في قول آخر في المذهب (7) وكذا الحنابلة (8) الى القول ببطلان تصرفات المدين المحجور عليه المالية ومن بينها الابراء لأن الحجر يقتضي انعدام هذه التصرفات ابتداء فلم يصح تصرفه فيها وهذا محافظة على حقوق الغرماء ويبدو من خلال هذه الآراء المختلفة أن الرأى الراجح هو الرأى الأول لأن القول بالوقف يحقق الحماية للدائنين ويهدف الى منع المدين من التصرف في ماله على وجه يضر بحقوقهم .

---

(1) أنظر في هذا المعنى رسالة الحجر على المدين في الفقه الاسلامي للدكتور أحمد الخطيب ص: 712 طبعة عام 1964 بالقاهرة .

(2) أنظر في هذا المعنى حاشية الشلبي على الزيلعي ج 05 ص: 09 .
وانظر أيضا رد المختار لابن عابدين ج 05 ص: 99 .

(3) أنظر فقه المالكية شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج 05 ص 266 .

(4) أنظر في هذا المعنى كتاب الأم ج 03 ص: 186 الطبعة الأولى الأميرية .

(5) أنظر مفتاح الكرامة للعاملي ج 05 ص: 316 ، 317 .

(6) أنظر البحر الرائق ج 05 ص:90

(7) أنظر كتاب الأم ج 3 ط 1321هـ ص: 186 وانظر كذلك المهذب للشيرازي ج 1 طبعة 1343 ص: 328 .

(8) أنظر المغنى لابن قدامة ج 04 المرجع السابق ص: 439 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الثـالث

ابـــراء المـريض مـــرض الموت (1)

لقد سبق لنا وأن بينـا أن الابـراء اما أن يكون ابـراء اسقاط واما أن يكـون ابراء استيفـاء (2) وتأسيسـا على ذلك فان ابـراء المريض مرض الموت اما أن يكـون ابراء اسقاط أو أن يكون ابراء استيفاء ، وهذا ما سنحاول توضحيه فيما يلي :

1) الابـراء في مرض الموت ابراء اسقاط

اذا كان الابراء في مرض الموت ابراء اسقاط فانه يشترط في المبرئ أن يكون أهلا للتبرع راضيا بالابراء وأن يكون صحيحا فاذا كان مريضا مرض الموت اعتبـر ابراؤه وصيـة وأخذ أحكامها ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة : 776 من القانون المدني

---

(1) مرض الموت هو ما يغلب فيه الموت ويتصل به عادة وهكذا فان مرض الموت في الاصطلاح هو المرض الذي يحكم الطب بشكرة الموت به أي ذلك المرض الذي يكون فيه خوف الهلاك غالبا فيعجز الرجل عن قيامه بمصالحه الخارجية كعجز الفقيه من الاتيان للمسجد وعجـز التاجر عن الاتيان لمتجره ، وكذلك هو ذلك المرض الذي يعجز المرأة عن اقامة مصالحهـا داخل بيتها ولا يشترط في ذلك أن يكون المريض في ذلك صاحب فراش اذا فمرض المـوت مبني على علة يكون الهلاك فيها مرجح على الشفاء ، وقد جعل الفقهاء أوصافا خارجية تـدل على هذا المرض كقولهم أن يكون الشخص صاحب فراش وهو الذي لا يقوم فيه الشخص بحوائجه في البيت كما يعتاد الأصحاء ومن قائل أن علامته الا يخطو الشخص ثلاث خطوات من غيـر أن يستعين بغيره ومن امارته أيضا الا يقدر على الصلاة كما الحق بالمريض مرض المـوت الأصحاء الأقوياء الذين يكونون في أحوال يغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاه كالمقاتلة اذا التحمت الطائفتان ومن قدم للقتل سواء بالسيف أو بالجلد أو بأي وسيلة من الوسائل الأخرى التي يقتل بها الانسان وكذلك من يكـون في البحر فتموج بهم الأمواج وتضطرب ويأتيهم الموج ملجن كل مكان الى آخـره .
أنظر في هذا المعنى الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للامـام الشيـخ محمـد أبو زهرة رحمه الله فقرة : 179 ص: 349 .
وانظر أيضا النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية للدكتور صبحـي المحمصاني المرجع السابق ص: 389 .
وأخيرا أنظر في هذا المعنى بحث عوارض الأهلية في الشرع الاسلامي للأستاذ الشيـخ أحمد ابراهيم منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى العـدد الثالث فقرة : 38 ص: 383 وما بعدها .
(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص: 57 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والتي تنص على مايلي:

((كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف)) (1) وللكلام عن الابراء الصادر من المريض مرض الموت بصفته ابراء اسقاط لابد لنا وأن نفرق بين ما اذا كان هذا الابراء لوارث أو أن هذا الابراء لغير وارث أي لشخص أجنبي ، فاذا كان الابراء لوارث فانه يتوقف على اجازة سائر الورثة كالوصية (2) سواء أكان القدر المبرأ منه قليلا أو كثيرا فاذا أجازوا الابراء نفذ وزال المانع لأن الامتناع لحقهم وان لم يجيزوه بطل ، واذا أجازه بعضهم ورفضه البعض الآخر نفذ في حصة من أجاز منهم وبطل في حصة من لم يجز ولا عبرة بالاجازة والرد قبل وفاة المريض مرض الموت وعلة ذلك أن هذا التصرف كما سبق وأن ذكرنا من قبل يأخذ حكم الوصية والوصية كما هو معروف لا تنجز الا بعد وفاة الموصي (3) وقد نصت المادة : 354 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بقولها:

((اذا أسقط الدائن في مرض موته ماله على أحد ورثته سواء كان الاسقاط في الكل أو البعض فان الاسقاط لا يصح الا بمصادقة جميع الورثة)) (4) ولا يوجد مثل هذا

---

(1) أنظر المادة : 916 من القانون المدني المصري التي تتكلم عن تصرفات المريض مرض الموت .

(2) لقد نصت المادة : 189 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:

((لا وصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي))

(3) أنظر في هذا المعنى المادة : 184 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على مايلي:

((الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع))

(4) أنظر في نفس المعنى الفتاوى الهندية في فقه الحنفية ج 04 ص: 179، 181

وانظر كذلك تكملة ابن عابدين ج 02 ص: 347 .

وانظر كذلك البدائع للكساني ج 07 ص: 228 .

وللشافعية في ابراء المريض لورثه وفي ابرائه لأجنبي رأيان أحدهما يقضي بصحته في الحالتين والثاني يقضي باعطائه حكم الوصية كما ذهب في ذلك الحنفية .

وانظر ما ذكرناه في فقه الشافعية كتاب نهاية المحتاج وحاشية الشبراملس ج 5 طبعة الحلبي وذهب ابن حزم الى القول بأنه لافرق بين ابراء المريض وابراء الصحيح وأن الحكم فيهما هو الصحة والنفاذ ((أنظر المحلى لابن حزم ج 09 ص — 348 وما بعدها)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

النص سواء في القانون المدني الجزائري أو قانون الأسرة ولا في القانون المدني المصري وانما ترك ذلك للقواعد العامة (1) .

أما اذا كان الابراء لغير وارث أي لشخص أجنبي فان كان الدين المبرأ منه يتجاوز ثلث التركة أي ثلث المال نفذ الابراء وان لم يجزه الورثة وأما اذا تجاوز الثلث فان الزائد يكون موقوفا على اجازة الورثة وهذا ما نصت عليه المادة : 185 من قانون الأسرة الجزائري بقولها :((تكون الوصية في حدود ثلث التركة ومازاد على الثلث توقف على اجازة الورثة))

كما عبرت المادة : 242 من مرشد الحيران على هذا المعنى بقولها :((اذا أبرأ المريض في مرض موته غيروارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك من ثلث التركة بعد وفاء ما يكون عليه من الدين)) وعلى نفس المعنى نصت المادة : 1570 من مجلة الأحكام العدلية بقولها :

((اذا أبرأ المريض في مرض موته أحد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا ونافذا وأما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر ذلك من ثلث ماله)) .

وعلى هذا المعنى نصت المادة : 355 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية حيث جاء فيها ما يلي :

((الاسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث ما خلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته)) .

ولا توجد نصوص مشابهة للنصوص التي ذكرناها سواء في القانون المدني الجزائري أو في قانون الأسرة أو في القانون المدني المصري وعليه فانه في هذه الحالة انما تطبق أحكام القواعد العامة .

ولا يصح ابراء المريض مرض الموت الحاصل لغير الوارث اذا كان الوارث كفيلا عن المبرئ لأن الوارث الكفيل يبرأ بها (2) ولو كان غير الوارث هو الكفيل اجاز ابراؤه من الثلث لأن براءة الكفيل لا تستلزم براءة الأصيل (3) .

---

1) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 102

2) أنظر في هذا المعنى صفحة 104 من هذا الكتاب .

3) أنظر في هذا المعنى ص 106 من هذا الكتاب .

وانظر أيضا وفي نفس المعنى شرح الأحكام الشرعية لمحمد زيد ص: 238 .

وكذلك كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية لأحمد أبو الفتح المرجع السابق ج 02 ص: 625

وانظر أيضا النظرية العامة للعقود والموجبات للدكتور محمد المحمصاني المرجع السابق ص: 562 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما اذا كانت تركة المريض مستغرقة بالدين فأبرأ مدينه في مرض موته فان ابراؤه يكون غير صحيح ولا ينفذ الابراء حتى ولو كان الدين المتنازل عنه قليلا وسواء كان المبرأ وارثا أم غير وارث وذلك لأن هذا الابراء يأخذ حكم الوصية وقضاء الدين مقدم على الوصية ولكن اذا أجاز الدائنون الابراء فان ابراؤه ينفذ لأنهم أصحاب الحق وهذا ما نصت عليه المادة : 242 من مرشد الحيران في فقرتها الأخيرة بقولها :

((ان كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الابراء وللغرماء مطالبة المديون بما عليه من الدين)) .

وعلى نفس المعنى نصت المادة : 1571 من مجلة الأحكام العدلية بقولها :

((اذا أبرأ من تركة مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيه فلا يصح ابراؤه ولا ينفذ)) .

ولا توجد نصوصا مشابهة في القانون المدني الجزائري ولا في قانون الأسرة وعليه فانه يرجع في ذلك الى القواعد العامة ، والى الشريعة الاسلامية بالدرجة الأولى .

أما اذا كان الدين غير مستغرق لتركة المريض فانه يخرج من التركة مقدار ما عليه من الديون ويحكم على القدر الزائد على الدين بالحكم على الابراء في الحالة التي لا يكون فيها على المدين دين (1) .

2) الابراء في مرض الموت ابراء استيفاء .

اذا كان الابراء الصادر من المريض في مرض الموت ابراء استيفاء وهو عبارة عن اقراره باستيفاء حقه الذى له في ذمة الآخر فهو من الاقرار وفي هذه الحالة فان الحكم فيه يختلف باختلاف أحواله وبحسب ما اذا كان لوارث أو لأجنبي وفي حدود الثلث أو فيما يتجاوزه وعليه فاذا صدر الابراء في صورة اقرار كأن يقول المريض مرض الموت لا حق لي قبل فلان فانه ينظر اذا ما كان لوارث وفي هذه الحالة يتوقف نفاذه على اجازة سائر الورثة عند الحنفية أما اذا كان الابراء بالاستيفاء لأجنبي فانه نافذ ان عدّ اخبار ويأخذ حكم الوصية ان عدّ ابراء من دين معلوم .

وهكذا نخلص من كل ما تقدم الى القول بأن الابراء في مرض الموت يأخذ حكم

---

(1) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 103 وما بعدها .
أنظر في هذا المعنى أيضا شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية لمحمد كامل مرسي أسباب كسب الملكية الوصية وتصرفات المريض مرض الموت الطبعة الثانية 1374هـ 1955م ص: 328 ، 329 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الوصيـة واذا رجعنا الى قانون الأسـرة الجزائرى الصادر سنة 1984 فاننـا نجده قـد قضى بنفـاذ الوصيـة في حدود الثلث اذا كانت لأجنبي أما اذا كانت لوارث فلانفاذ لها الا اذا أجازها باقي الورثـة وقد عبرت عن هذا المعنى المادتين 185 ، 189 وهكـذا فقد جاء في المادة : 185 من هذا القانون مايلي:

((تكـون الوصيـة في حدود ثلث التركـة وما زاد على الثلث توقـف على اجـازة الورثـة)) .

أما المادة : 189 من نفس القانون فقد جاء فيها مايلي: ((لا وصية لوارث الا اذا اجازها الورثـة بعد وفـاة الموصي)) .

أما بالنسبة لقانون الوصية المصرى الصادر سنة 1946 فيقضي بنفاذ الوصية سـواء كانت لوارث أم لأجـنبي في حدود الثلث دون توقف على اجـازة الورثة وقد تبرت عن هذا المعنى المادة : 1137 من القانون المذكور بقولها:

((تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير اجازة الورثة))

وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفـذ في الزيادة الا اذا أجازها الورثـة بعد وفـاة الموصي وكانوا من التبرع عالمين بما يجيزونـه (1) .

الفـرع الرابـع

ابراء الميت من دين كان عليـه

اذا مات الميت وكان مدينا لغيـره بدين كثمن المبيع وبدل المتلـف أى بتعويض الشيء الذى أضـاعه بخطـإه أو كان عليـه ديـة الجنايـات الى غير ذلك من الحـالات التي يمكن أن يلتـزم بها الشخص قبل وفـاتـه ، ففي هـذه الحالة لا يسقط هذا الديـن بالموت وانما يبقى في الذمـة المالية للمتوفي ولعل مـا يؤيـد ذلك حديث رسول اللـه صلى اللـه عليه وسلم والذى يقول فيه :

((ان نفس المؤمـن معلقة بدينـه حتى يقضى عنه))

اذن فالدين الذى يكون على الميت لا ينقضي الا بالوفاء عنه أو بالابراء أو بـأى

---

1) لقد كان العمل في مصر وقبل صدور قانون الوصيـة المشار اليه أعلاه هو عدم جـواز الوصية لوارث فيما قـل أو كثـر الا اذا أجازها الورثـة الآخرين بعد وفاة الموصي وكـانوا من أهل التبـرع ويعتبر كون الشخص وارثا أو غير وارث وقت موت الموصي لا وقت الوصيـة وليس للمجيز أن يرجع في اجازته .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سبب من أسباب انقضاء الالتزام الأخرى (1)

وعلى هذا فان ابراء صاحب الدين الميت من دينه صح الابراء وسقط الدين لأن الابراء يصادف محلا ولأنه ليس تمليكا محضا وبالتالي لا يشترط لصحته أهلية المبرأ ولا يمكن أن نتصور في هذه الحالة أهلية لأن الشخص المبرأ ميت وهذا ما ذهب اليه الحنفية (2) والمالكية (3) والشافعية (4) والحنابلة (5) .

ومن التطبيقات التي أوردها الفقهاء المسلمين في هذا الصدد مايلي:

1) رجل مات فأبرأته امرأته من مهرها الشاغل لذمته جاز لأن قبول الدين ليس بشرط في صحة البراءة وهذا طبعا بالنسبة للرأى الراجح في الفقه الاسلامي والقوانين العربية التي حدت حدوه (6) .

2) رجل له على آخر دين فبلغه أنه مات فقال جعلته في حل من ديني فقال أبرأته منه ثم ظهر أنه حي لم يكن للدائن المبرئ أن يأخذ منه لأنه قد وهبه له بلا شرط وهذا دليل على عدم صحة رجوع المبرئ من ابرائه .

أما بالنسبة لديون النفقة فيرى الحنفية أنها تسقط بالموت فلا يصادف الابراء محلا يصح الابراء من ديون النفقات بعد موت من وجبت عليه الا اذا كانت هذه النفقات زوجية وكان القاضي قد قضى بها وأمر باستدانتها واستدينت بالفعل فحينئذ تسقط بالموت فالابراء في هذه الحالة قد يصادف محله فيكون صحيحا (7) وقد أخذ التقنين العراقي برأى فقهاء الشريعة فيما يتعلق بجواز ابراء الميت ونص على ذلك صراحة في المادة : 422/ 2 من القانون المدني العراقي حيث جاء فيه مايلي:

---

1) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 35

2) أنظر فقه الحنفية الدر المختار ج 02 ص: 614 طبعة الحلبي وقد جاء فيه في هذا المعنى على الخصوص مايلي:

يصح ابراء الميت من دينه ويستفيد جميع الورثة من هذا الابراء

ونصت المادة: 1569 من مجلة الأحكام العدلية على أنه : يصح ابراء الميت من دينه .

3) أنظر فقه المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 04 المرجع السابق ص: 99.

4) أنظر فقه الشافعية للأشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق ص: 188 .

5) أنظر فقه الحنابلة كشاف القناع ج 01 ص: 478.

6) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص: 03

7) أنظر ما سبق في هذا المعنى من هذا الكتاب ص: 89 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((ويصح ابراء الميت من دينه)) .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون المدني الجزائرى والقانون المدني المصرى وعليه فانه يتعين الرجوع في ذلك الى أحكام الشريعة الاسلامية وهذا طبقا لما جاء في أحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائرى الفقرة الثانية مايلي

((واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية)) .

وبرجوعنا الى موقف فقهاء الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بابراء الميت من دين عليه فانهم يجيزون ذلك وخاصة وأن الابراء في القانون المدني الجزائرى يكون بارادة منفردة وبالتالي فهو لا يحتاج الى صدور قبول من الميت المبرأ .

الفرع الخامس

ابراء المحال عليه

الحوالة في اللغة معناها الانتقال لأنها مأخوذة من التحويل وهو نقل الشيئ من محل الى محل ، هذا بالنسبة للغة أما في الاصطلاح القانوني فمعناها نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وهذا ما عبرت عنه المادة : 776 من مجلة مرشد الحيران بقولها : ((الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه)) .

وهذا ما نصت عليه المادة : 673 من مجلة الأحكام العدلية أيضا ، أما بالنسبة للمشرع الجزائرى فلم يتعرض لتعريف معنى الحوالة وانما بدأ بذكر الشروط والاجراءات اللازمة لنشوء الحوالة صحيحة وعلى ذلك فاذا أردنا تعريف الحوالة فان مرجعنا في ذلك الفقه الاسلامي وكما ذكرنا من قبل فان معنى الحوالة في الفقه الاسلامي هي نقل الدين من ذمة المدين الى ذمة مدين آخر وهذا يخالف ما ذهب اليه فقهاء القانون في استعمالهم للفظ الحوالة في الدلالة على كل من حوالة الدين وحوالة الحق ويسمى المدين محيلا والدائن يسمى محالا والشخص الذى يتحمل الدين عن المدين يسمى محالا عليه (1) .

واذا رجعنا الى الفقه الاسلامي فيما يتعلق بهذا الموضوع فنجد أن فقهاء

---

(1) أنظر بالتفصيل فيما يتعلق بهذا الموضوع ما جاء في رسالة من جامعة القاهرة 1957 في حوالة الدين دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الألماني والمصرى للأستاذ الدكتور عبد الودود يحيى أشار اليها بالهامش رقم 1 الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 151 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحنفيـة قد اختلفوا في الطريقة التي تنتقـل بها حـوالة الدين ويتمثل هـذا الخلاف في كون أن انتقـال الدين مـن ذمة الى أخرى يستتبع ذلك انتقال المطالبة به أم أن الحوالة تنقل المطالبة فقط أما الدين فباق في ذمة المحيل ؟

وفي هذا الصدد لقد ذهب الامام أبو يوسف وهو من أئمة الحنفية الى القول بأن الحوالة تنقل الدين من ذمة الى أخرى ويستتبع ذلك انتقال المطالبة .

أمـا الامام محمد وهو من الحنفية أيضا فقد ذهب الى القـول بأن الحـوالة تنقـل المطالبة فقط أما الديـن فباقي في ذمة المحيل(1) ويقول الامام أبو يوسف تدليلا لرأيـه أن المحال اذا أبـرأ المحال عليه من الدين أو وهبـه صحـت البراءة أو الهبـة أمـا اذا أبـرأ المحال المحيل أو وهبه الدين فلا يصح هذا لأن تمليك الدين لغير من عليـه الدين غير جـائز وهذا يدل على أن الدين قد انتقل من ذمـة المحيل الى ذمة المحال عليه ولما وجدت البراءة محلا في الحالة الأولى ولصحت في الثانية لبقـاء الديـن في ذمـة المحيل كما أن الحوالـة توجب النقل لأنهـا مشتقة من التحويل وهو النقل فتقضي نقل مـا أضيفت اليـه وهو الدين ، أما الامـام محمد فيقول تدليلا لرأيـه بأن الحوالة شرعت وثيقـة للديـن بمنزلـة الكفالة وليس من الوثيقـة ابـراء المدين الأصلي بل الوثيقـة تقـوم بنقـل المطالبة مع بقـاء أصـل الدين في ذمـة المحيل ، ولعـل أهمية الخلاف بين رأى أبو يوسف ومحمد يتجلى فيما يلي:

لو أبـرأ المحال المحيل بعد الحوالة فـان الابراء يكون غيـر صحيـح لرأى أبـي يوسف اذ لم يصادف الابراء محلا وهو الدين الذى تشغل به ذمة المبرئ .

أما طبقا لرأى الامام محمد فان الابـراء يكون صحيحـا لأن ذمة المحيـل ما زالت مشغولة بالدين وكذلك اذا قام البائع بحبـس العين المبيعة حتى يستوفي الثمـن ثـم قـام المشترى باحـالة الثمن على شخص ثالث فان ذمة المشترى تبرأ طبقا لـرأى أبي يوسـف أما عند محمد رحمـه اللـه فانـه لا يبـرأ لأن حبس العين المرهونـة في نظره كان للوفـاء ولم يحدث هذا الوفاء .

كما ذهب الامام زفـر وهو كذلك من الحنفيـة الى القول بأن حوالة الدين لا تنقـل

---

(1) أنظر في هذا المعنى فتح القدير ج 05 ص: 445 ، 446 .
وانظر أيضا البدائع للكسـاني ج 06 ص: 17 ، 18 .
وانظـر أخـيرا الدكتور عبد الـرزاق السنهوري في كتابـه الوسيـط ج 03 فقـرة : 240 ص : 423 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الدين ولا المطالبة وانما هي عقد للتوثيق كالكفالة فلا يبرأ بها المحيل لامن المطالبة ولا من الدين وانما يكون للدائن حق مطالبة أيهما شاء ، ولكن يمكن الرّد على رأى الامام زفر بأن الحوالة حتى اذا كانت شرعت للتوثيق فان هذا لا ينفي أن الدين ينتقل بها الى الأملأ والأحسن أداء .

وكما ذكرنا فان معنى الحوالة هو انتقال أمّا الكفالة فتفيد الضم ومنه قوله سبحانه وتعالى : ((وكفلها زكريا)) (1) أى ضمها الى نفسه .

ومن المعروف أن الأحكام الشرعية تبنى على الحقيقة ومتى كانت الحقيقة ممكنة لا يلجأ الى المجاز (2) ، أما بالنسبة للقانون المدني فاننا نجد المادة : 251 من القانون المدني الجزائرى تنص على مايلي :

((تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين)) وكذلك المادة 251/ 1 من نفس القانون تنص على مايلي : ((الحوالة لا تكون نافذة في حق الدائن الاّ اذا أقرها)) .

ونجد أيضا المادة : 257 من نفس القانون تنص على مايلي : ((تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه)) .

ونستنتج من مفهوم المواد السالفة الذكر أن حوالة الدين قد تنعقد ما بين المدين الأصلي بصفته محيل والمدين الجديد بصفته محال عليه ويشترط لصحة هذه الحوالة شرطين أساسيين .

1) اقرار الدائن لهذه الحوالة سواء كان الاقرار صريح أو ضمني .

2) أن يضمن المدين الأصلي يسار المدين الجديد وقت اقرار الدائن للحوالة .

أو أن حوالة الدين قد تكون ما بين الدائن والمدين الجديد وفي هذه الحالة هي تنفذ في حق المدين الأصلي حتى ولو لم يرض بها ويستطيع أن يعود المدين الجديد على المدين الأصلي بعد وفاء دين الحوالة للدائن طبقا لأحكام الابراء بلا سبب(3)

---

1) سورة آل عمران آية رقم : 27 .

2) أنظر في هذا المعنى كشف الحقائق في شرح كنز الدقائق ج 02 ص: 61
وانظر أيضا فتح القدير المرجع السابق ج 05 ص: 445 .
وانظر عبد الودود يحيى في رسالته السابقة ص: 107 .

(3) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى المرجع السابق : ص: 338، 339 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأنه متى تمت الحوالة وأصبحت نافذة في حق الدائن برئت ذمة المدين السابق من الدين المحال وخاصة في الحالة التي يكون فيها ملتزما بضمان يسار المحال عليه وقت انعقاد الحوالة فبمجرد أن تنعقد الحوالة بشروطها تبرأ ذمة المدين أما اذا انعقدت الحوالة ما بين الدائن والمحال عليه فان المطالبة تنتقل من المدين الأصلي الى المحال عليه على أن لهذا الأخير أن يعود على المدين الأصلي بعد وفائه للدين المحال عليه وهذا على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب .

وخلاصة القول فانه لا خلاف بين جمهور الفقهاء وأغلبية التشريعات الحديثة ولا سيما منها القانون المدني الجزائري حول انتقال الدين بواسطة الحوالة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه الاّ أنهم اختلفوا في صفة هذا الانتقال أهو نقل على سبيل التأبيد بحيث تبرأ ذمة المحيل براءة مطلقة ولا يملك المحال الرجوع على المحيل بشيء من الدين بعد الحوالة أم هو نقل مؤقت بحيث لا تبرأ ذمة المحيل براءة مطلقة ويكون للمحال الرجوع عليه في بعض الأحوال .

لقد اختلف رأى الفقهاء في ذلك والذى سنورده فيما يلي وبعد ذلك سنتعرض لموقف القوانين الحديثة في ذلك . لقد ذهب علماء الشريعة الاسلامية الغراء سواء منهم المالكية (1) أو الشافعية (2) أو الحنابلة (3) أو الظاهرية (4) الى القول بأن الحوالة تفيد نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه نقلا مؤبدا فتبرأ ذمة المحيل براءة مطلقة ولا يملك المحال الرجوع عليه بشيء من الدين سواء أمكن استيفاء الحق المحال عليه أو تعذر استيفاؤه بسبب مماطلة المحال عليه أو افلاسه أو موته أو غير ذلك .

غير أن المالكية يجعلون للمحال الرجوع اذا كان المحيل يعلم بافلاس المحال عليه ولم يعلم المحال ذلك ويروى عن الامام أحمد مثل هذا الرأى .

---

(1) أنظر في فقه المالكية الشرح الكبير للدردير ج 03 ص: 295 .

(2) وانظر في فقه الشافعية مغني المحتاج ج 02 ص: 195 .

(3) أنظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج 05 ص: 58 .

(4) أنظر في فقه الظاهرية المحلى لابن حزم ج : 08 ص: 108 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما أن المحال يملك الرجوع أيضا اذا اشترط ملاءة المحال عليه فبان اعساره ولا يملك الرجوع فيما عدا ذلك بأى شرط من الشروط وقد استدل القائلون بالبراءة المطلقة الى أحاديث نبوية منها ما رواه البخارى ومسلم عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((مطل الغني ظلم واذا اتبع أحدكم على مليئ فليتبع)) فالرسول صلى الله عليه وسلم قد أمر المحال باتباع المحال عليه فلو كان الرجوع على المحيل لما كان متبعا المحال عليه وهذا هو الذى لما يدل عليه هذا الحديث .

وكذلك فانه يستفاد من مفهوم حوالة الدين أن الدين يتحول وينقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وما تحول وانتقل فانه لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد هذا السبب فلا عود (1) أما فقهاء الحنفية (2) فيذهبون الى القول بأن الحوالة تفيد براءة المحيل براءة مقيدة وبراءتها مقيدة بعدم توى (3) المال على المحال واستدل الحنفية على قولهم بما يلي:

1) ما روى عن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه في المحال عليه اذا مات مفلسا حيث قال: يعود الدين الى ذمة المحيل ، وقال أيضا لا توى على مال امرئ مسلم (4) .

2) ان المراد من مشروعية الحوالة هو استيفاء الحق من المحال عليه لا مجرد وجوب في ذمته اذ أن الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة لابقاء الحق فصارت بذلك سلامة حق الدائن كالمشروطة في العقد فتكون براءة المحيل مقيدة بهذه السلامة فاذا لم تتحقق هذه بموت المحال عليه مفلسا أو جحده لمال ولا بينة عليه عاد الحق الى المحيل لفوات شرط سلامة حق الدائن .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأنه لما كان غير الحنفية يرون بأنه ليس للمحال في أن يرجع على المحيل الا اذا اشترط ملاءة المحال عليه (5) ثم بان

---

1) أنظر في هذا المعنى كتاب الأم ج 03 ص : 203 .
وانظر أيضا المحلى لابن حزم ج 08 ص: 109 .
2) أنظر فتح القدير المرجع السابق ج 06 ص: 445 .
3) التوى عند أبي حنيفة يكون بموت المحال عليه مفلسا أو بجحده المالي ولا بينة عليه وعند أبي يوسف ومحمد يكون بتفليس المحال له أيضا .
أنظر تبيين الحقائق للزيلعي ج 04 طبعة 1314هـ ص: 173 .
(4) تبيين الحقائق للزيلعي ج 04 ص: 172 .
(5) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 108 ، 109 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اعسـاره وأنـه لا يملك الرجوع فيما عدا هذا فانـه يمكن القول بأن شرط الرجوع غيرمخالف لمقتضى العقد وأن عقد الحوالة لا يمنع رجوع المحال على المحيـل في جميـع الأحـوال انه ليس ثمة ما يدعـو الى التفرقـة بين شرط الملاءة وغيره لأن في الكل مصلحة مقصودة للعاقد فيملك الرجـوع اذا فاتت المصلحة ولهذا فان رأى الحنفيّـة هو القريـب الـى المنطق والعمل .

وأما بالنسبة للقانون المدني الجزائرى وبالاستناد الى المادة: 255 من هـذا القانـون والمذكـورة سابقا فانـه يستنتج من هذه المادة وأن حوالة الدين اذا انعقـدت بين المـدين الأصلي والمدين الجديد فان حوالة الدين لا تـؤدى الى ابـراء المـدين براءة مطلقـة فاذا قام الدليل على أن المحال عليـه كان معسـرا عند انعقاد الحوالة وان الدائـن كان يجهل هذا الاعسـار فلا تبـرأ ذمـة المدين ، أما في غير هذه الحالة فان ما يترتب على انعقـاد حوالة الدين متى صـارت نافذة في حق الدائن هو أن تبرأ ذمـة المدين الأصلي قبـل الدائـن وينتقـل الديـن الى المحال عليه اذن فبـراءة ذمـة المدين الأصلي قبل الدائن هي النتيجـة الحتمية المترتبـة على انتقـال الديـن من ذمـة المدين الأصلي الى ذمـة المديـن الجديد وتتم بـراءة هذه الذمة من وقـت انعقـاد الحـوالة في كل من صورتيهـا أى سـواء تـم انعقاد الحـوالة باتفاق بيـن الدائن والمحال عليـه فتنعقد في هذه الحالة وهي نـافذة في حق الدائن مبـاشـرة تبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة واذا ما انعقدت باتفاق بين المديـن الأصلي والمحال عليه فانهـا لا تصبح نافـذة في حق الدائن الاّ باقـراره كما هو معـروف انعقاد حوالة الدين وهـذا ما نصت عليه المادة : 252 من القانون المدني الجزائرى التي تقـابلها المادة : 316 من القانون المدني المصرى وهذا الاقـرار يمتد أثـره الـى وقت انعقاد الحوالة (1) وبـراءة ذمـة المدين الأصلي تتـم دون حاجة الى أن يصـرح الدائن بذلك ويستفاد هذا المعنى من رضائه بالحوالة في الصـورة الأولى والثانيـة(2) ويترتب على أن ذمـة المدين الأصـلي تبـرأ مـن وقـت انعقاد الحوالة نتيجتـان هامتان :

النتيجة الأولى : تعتبـر هذه البـراءة نهائيـة من وقت انعقاد الحوالة فلـو أن

---

(1) الدكتور السنهورى الوسيط ج 03 المرجع السابق ص: 585 .

(2) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية للقـانـون المدني المصرى الجزء 03 ص: 157 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المحال عليه وقد انتقل الدّين الى ذمته من هذا الوقت وأعسر بعد ذلك ولم يستطيع الدائن أن يستوفي منه الدين فان الدائن لا يستطيع الرجوع بالدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته من الدين وهذا في حالة انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهكذا فان المدين الأصلي لا يكون مسؤولا حتى عن ضمان يسار المحال عليه أما في حالة الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه فان المدين الأصلي يضمن للدائن أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة المادة : (255 ق م ج) وتقابلها المادة : 319 من القانون المدني المصرى فلو أعسر المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل اقرار الدائن لها فان الدائن وان كان لا يرجع على المدين الأصلي بالدين ذاته فانه يرجع عليه بالضمان واذا كان اعسار المحال عليه تاليا لاقرار الدائن للحوالة فليس للدائن بغير اتفاق خاص أن يرجع حتى بالضمان على المدين الأصلي (1) .

النتيجة الثانية : تبرأ ذمة المدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة وتنشغل ذمة المحال عليه بالدين من هذا الوقت فبحيث لو زالت عن المحال عليه أهليته بعد انعقاد الحوالة وقبل الاقرار في احدى صورتي الحوالة لم يكن لذلك أثر في صحة التزامه بالدين قبل الدائن ولا في براءة ذمة المدين الأصلي وقد سبقت الاشارة اليه من قبل ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت في الصورة الأخرى أى باتفاق بين الدائن والمحال عليه وفقد المحال عليه أهليته فان فقدانه لأهليته لا يؤثر في صحة التزامه نحو الدائن بعد أن تم التعاقد بينهما على انتقال الدين الى ذمته ولو نشأ الدين في الفترة ما بين انعقاد الحوالة واقرار الدائن لها في الصورة الأولى من صورتي الحوالة لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن فان المقاصة بعد اقرار الدائن للحوالة واستناد هذا الاقرار الى وقت انعقادها لا تقع بين الحق المحال به وهذا الدين الذي نشأ وذلك أن الدين المحال به يكون قد انتقل باقرار الدائن للحوالة الى ذمة المحال عليه فلم تعد ذمة المدين الأصلي مشغولة به ويستند هذا الأثر الى وقت انعقاد الحوالة أى الى وقت سابق على نشوء الدين لصالح المدين الأصلي في ذمة الدائن فلا تقع المقاصة بين الدائنين ومن باب أولى لو أن الحوالة انعقدت في الصورة الثانية باتفاق بين الدائن الأصلي والمحال عليه فان

---

(1) أنظر في هذا المعنى المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصرى المرجع السابق ج 03 ص: 152 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الدين المحال به ينتقل بمجرد هذا الاتفاق الى ذمة المحال عليه ولا تعود ذمة المدين الأصلي مشغولة به (1) .

وننتهي من كل ما تقدم الى القول بأنه في حالة قيام حوالة الدين ونفاذها حق الدائن وهذا بتوافر الشروط المطلوبة بالنسبة لصورتي انعقاد الحوالة (2) فان المدين الأصلي يبرأ من قيمة الدين وهذا بانتقاله الى المدين الجديد ، وهنا تجدر بنا الأمر أن نطرح سؤالا نرى بأنه له أهميته في هذا الموضوع وهو كما يلي :

اذا كان المدين الأصلي تبرأ ذمته اتجاه الدائن بمجرد تحول الدين به الى مدين جديد فهل هناك أسباب تؤدى الى ابراء المحال عليه في مواجهة الدائن ؟

وللاجابة على هذا السؤال بالتفصيل فانه يتحتم علينا ذكر الأسباب التي تؤدى الى ابراء المحال عليه في مواجهة الدائن .

نقول بادئ ذى بدء أن الحوالة تنقضي بأداء الدين المحال به عليه أو باحالة المحال عليه الى غيره وقبول ذلك الغير الحوالة (3) ، كما تنقضي الحوالة اذا أبرأ المحال المحال عليه فان الدين في هذه الحالة ينقضي ولو لم يقبل المحال عليه الابراء لانه اسقاط للحق والساقط لا يعود فاذا كان المحال عليه في هذه الحالة غير مدين للمحيل فلا يرجع بما أبرأه منه المحال وان كان مدين سقط الدين (4) ويذهب جمهور الفقهاء من غير الحنفية الى القول بأن الحوالة تؤدى الى براءة المدين الأصلي براءة نهائية فيصبح المحال عليه في مركز المدين الأصلي ، وكذلك فانهم يفرقون بين الهبة والابراء فيقولون بأن المحال عليه يبرأ اذا أبرأه المحال من الدين أو وهبه له كلاهما يتم لمصلحة المحال عليه أما الحنفية فانهم يفرقون بين الابراء والهبة فيقولون أن الهبة تمليك فيشترط فيها القبول كما أنها ترتد برد الموهوب له أما الابراء فانه اسقاط دون حاجة الى القبول .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط للدكتور السنهوري ج 03 فقرة 329 ص: 585، 586 .

(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص : 113 .

(3) أنظر في هذا المعنى البدائع للكساني ج 06 ص: 18 .

(4) أنظر في هذا المعنى كشف الحقائق في شرح كنز الدقائق ج 02 ص: 06 .
وانظر أيضا المعاملات المالية لأحمد أبو الفتح المرجع السابق ج 02 ص: 552 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الســـادس
ابـــراء الوصـــي والوكيـــــل

1) ابـــراء الوصي

الوصاية شرعا نوع من الولايـة (1) والولايـة في المصطلاح الفقهي هي تنفيذ القول على الغير شـاء أو أبى (2) وتتم الوصـاية قانـونا بالاختيار سواء تم ذلـك من قبل الأب أو من قبل المحكمة فهي لا تثبت للوصي بحكم القانون فلـلأب أن يختـــار وصيـا على ولـده القاصر وهـذا ما يسمى بالوصي المختار وللمحكمة أن تختار الوصـي اذا لم يكـن هناك جـدّ صحيح لأن الوصي الذى يختاره الأب يتقدم على الجدّ في ولايتـه فاذا لم يوجد وصي مختار أو جـدّ صحيح تولت المحكمـة تعيين الوصي وهذا ما نصت عليه المادة : 92 من قانون الأسـرة الجزائـرى بقولها :

((يجوز للأب أو الجـدّ تعييـن وصي للولد القاصر اذا لم تكن له أم تتـولـى أمـره أو تثبت عدم أهليتهـا لذلك بالطرق القانـونية واذا تعدد الأوصياء فللقـاضـي الخيـار الأصلح منهـم مع مراعاة أحكام المادة : 86 من هذا القانون ، والمادة 86 تنص على مايلي :

((مـن بلغ سـنّ الرشـد ولم يحجـر عليه يعتبـر كامل الأهلية وفقا لأحكـام المـادة : 40 من القانون المدني)) .

وتختلـف سلطـة الوصي في التصـرف في مـال القاصـر بحسب نوع التصـرف وهذا حسب ما يلي :

---

(1) أنظر في هذا المعنى البدائع للكساني ج 05 ص: 152 ومما جاء فيه فيما يتعلق هذه السلطـة بالذات مايلي :

الولاية نوعان : نوع يثبت بتوليـة المالك ونوع يثبت شرعـا لا بتولية المالك أمـــا الأول فهو ولاية الوكيـل أمـا الثاني فهو ولايـة الأب والجدّ أب الأب والوصي والقـــاضـي ، وقد نظم المشرع الجزائرى أحكام الولايـة في قانون الأسـرة الصادر سنة 1984 مـــن المادة : 87 الى المادة : 90 .

(2) أنظر حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ج 01 ص : 191 ومما جاء فيها مايلي :

((الولاية نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى)) .

وعرفها بعض الفقهاء بأنها قوة تثبت لمن ملكها حق التصرف في النفس أو المال أو فيهما معا . أنظر في هذا المعنى رسالة الوكالة للشيخ محمد زكريا البرديسي ص: 10 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أ — اذا كان التصرف الذى يجريه الوصي تصرفا نافعا نفعا محضا للقاصر الموضوع تحت وصياته كقبول الهبة والوصية فان تصرفه هذا يقع صحيحا وينفذ في حق القاصر .

ب — أما اذا كان تصرف الوصي دائرا بين النفع والضرر بالنسبة للقاصر كالبيع والايجار فانه لا يجوز للوصي مباشرته الاّ باذن من المحكمة ، وهذا ما نصت عليه المادة 8 من قانون الأسرة الجزائرى والخاصة بالولاية حيث أحالت اليها المادة : 95 من نفس القانون والمتعلقة بالوصاية وقد جاء في المادة : 88 المذكورة أعلاه مايلي :

— على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا وفقا لمقتضيات القانون العام .

— وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

1) بيع العقار وقسمته ورهنه واجراء المصالحة .

2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة .

3) استثمار أموال القاصر بالاقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة .

4) ايجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سنّ الرشد .

وتقابلها المادة : 39 من قانون الولاية على المال رقم 9/ 1 لسنة 952 1 الجمهرية مصر العربية حيث جاء في هذه المادة مايلي :

((لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية الاّ باذن من المحكمة)) .

1) جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك التصرفات المضرة لحق من الحقوق المذكورة كالقسمة والصلح .

2) التصرفات في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الادارة مما يتصل بثمرات رأس المال دون رأس المال نفسه كبيع المحصول وبيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج المواشي .

جـ — أما اذا كان التصرف من التصرفات التي يجريها الوصي ضارة بالصغير ضررا محضا كبيع مال بغبن فاحش وكهبة مال وابراء مدينه من الدين كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لأن التصرف في مال الصغير منوط برعاية مصلحته وهذا طبقا لأحكام المادة : 83 من قانون الأسرة الجزائرى ومما جاء فيها مايلي :

((من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد طبقا للمادة : 43 من القانون

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له وباطلة اذا كانت ضارة به وتتوقف على اجازة الولي أو الوصي فيما اذا كانت متردد ة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء)) .

كما نجد المادة الخامسة من قانون الولاية على المال المصرية والمذكورة سابقا تنص على مايلي :

((لايجوز تبرع الوصي بشيء من مال القاصر الاّ اذا كان الأداء واجب انساني أو عائلي أو كان ذلك باذن من المحكمة)) .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في قانون الأسرة الجزائري وهو ينظم في الوصاية غير أن المادة : 95 من قانون الأسرة وهي تتكلم عن سلطة الوصي في التصرفات في أموال القاصر قد أحالت على المواد : 88، 89 ، 90 من نفس القانون والمتعلقة بتصرف الولي في أموال القاصر ويرجوعنا الى نص هذه المواد ولا سيما منها المادة : 88 حيث نجدها أنها تشترط في الوصي بأن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص والرجل الحريص أصلا لا يقوم بتصرف من شأنه أن يضر به القاصر ضررا محضا ولا سيما هبة ماله أو ابراء أحد المدينين وعلى هذا فما قيل بالنسبة للمادة الخامسة من قانون الولاية المصري يمكن أن يطبق على تصرفات الوصي في أموال القاصر وهذا طبقا لأحكام المادة : 83 من قانون الأسرة الجزائري والمذكورة أعلاه .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن الابراء الذي يجريه الوصي لمدين القاصر فان هذا الابراء يعتبر باطلا بطلانا مطلقا اذا كان التصرف ضارا بالقاصر ضررا محضا أما في الفقه الاسلامي فاذا أبرأ الوصي المدين عن دين مستحق لمن هو تحت ولايته أو أجيل دينه أو حط عنه شيئا منه فانه يفرق بين أمرين :

الأمر الأول : حالة ما اذا كان الدين قد وجب بعقد الوصي فان الابراء يصح من هذا الدين يصح عند الامام أبي حنيفة ومحمد ويضمن الوصي ما ضاع من مال للورثة وذهب الامام أبو يوسف الى القول بأن هذا الابراء لا يصح ويبدو أن هذا هو الأحسن لأن الدين على المدين كلاّ ولا يجوز ابراؤه منه .

الأمر الثاني : اذا كان الدين قد وجب بعقد غير الوصاية وكان موروثا فان الابراء لا يصح بلا خلاف بين جمهور الفقهاء لأن الابراء تصرف ضارا ضررا محضا بالصغير فلا يملكه بالقبض لا يملك الابراء فكذا الوصي لأن هذا التبرع في حق الغير لا يصح (1)

---

(1) أنظر في هذا المعنى كتاب الأوصياء هامش جامع الفصولين ج 2 ص: 326 ط الأولى 1300 هـ

All Rights Reserved Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهكذا نجد أن أحكام الفقه الاسلامي فيما يخص ابراء الوصي لمدين القاصر لا يصح لأنه مفقر للقاصر .

2) ابراء الوكيل

الوكالة في اللغة هي تفويض الأمر الى الغير ، أما في الاصطلاح الفقهي فالوكيل هو اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه عجزا أو عرفها (1) وكما رأينا من قبل فان تصرف الوصي منوطا بما يحقق المصلحة لذوي الشأن فان تصرف الوكيل لا يخرج عن هذه القاعدة أي أن تصرفه منوط أيضا بما فيه من مصلحة للموكل ، أما اذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة فانه يفرق بين ما اذا كان الوكيل وكيلا بالشراء أو وكيل بالبيع وهي وكالة خاصة .

1) فاذا كان وكيلا بالشراء ووكله الموكل في شراء شيء بمائة دينار مثلا فخالف الوكيل ذلك فاما أن تكون هذه المخالفة الى خير كأن اشترى الوكيل الشيء بخمسين دينارا فان العقد يلزم الموكل في هذه الحالة .

أما اذا خالف الى شر بأن اشترى الشيء زائدا عن الثمن الذي حدده الموكل فانه يفرق في هذا الشأن أيضا بين أمرين :

الأمر الأول : ينظر فيما اذا كانت الزيادة قليلة يتغابن الناس في مثلها ففي هذه الحالة تلزم الموكل اذا كان الشراء من الأجنبي وان كانت الزيادة مما لا يتغابن الناس في مثلها فان العقد يبطل عند الشافعية (2) .

أما عند الحنفية فانه يكون صحيحا ويلزم الوكيل المشترى ويصير مشتريا لنفسه (3) .

أما المالكية فيقررون بأنه اذا اشترى الوكيل بزيادة كبيرة عما سماه الموكل فان هذا الأخير يخير بين القبول والرد فاذا لم يقبل الزيادة لزمت الوكيل (4) وهذا الحكم يتناسب مع ما ذهب اليه المشرع الجزائري وهو يتكلم عن آثار الوكالة حيث أحالت

---

(1) أنظر في هذا المعنى رسالة الوكالة للشيخ محمد البرديسي المرجع السابق ص: 07

(2) أنظر في هذا المعنى الوجيز للغزالي ص : 193 طبعة 1317هـ .

وانظر أيضا منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ص: 72 .

(3) أنظر البدائع للكساني ج 06 ص: 29 .

(4) أنظر في هذا المعنى شرح الخراشي ج 06 المرجع السابق ص: 73

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المادة : 585 الخاصة بعقد الوكالة على المادة : 74 فيما يخص علاقات الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل واذا رجعنا الى المادة : 74 من القانون المدني الجزائرى فاننا نجدها تنص على مايلي:

((اذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل)) .

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة : فان الوكيل اذا تجاوز حدود نيابته فان هذه الآثار التي تترتب على هذا التجاوز لا تنصرف الى الأصيل الاّ اذا أقرها وهذا تطبيقا للقاعدة التي تقول الاجازة اللاحقة كالنيابة السابقة (1) أما عند الحنابلة (2) فانهم يرون بأنه اذا اشترى الوكيل بأكثر من ثمن المثل ففيه روايتان :

الرواية الأولى : ان التصرف يقع صحيحا لأنه مستند في أصله الى اذن صحيح فيلزم الموكل ويلتزم الوكيل بالزائد عن المسمى .

الرواية الثانية : ان التصرف يبطل لمخالفة صريح الاذن .

2) اذا كان وكيلا بالبيع : فتجاوز حدود الوكالة وخالف ما أمره به الموكل أو ما جرت به العادة فان تصرفه ينعقد موقوفا على اجازة الموكل عند الحنفية والمالكية ويكون للموكل الخيار بين الإجازة والرّد ، وذهب الحنابلة الى القول بأن تصرف الوكيل المقيد بالبيع في مال الموكل على وجه تحصل فيه مخالفة الاذن تفصيلا .

أ ـ اذا كانت المخالفة على وجه يرضى به الآذن عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه فانه يقع صحيحا بالاذن العرفي كما اذا قال له بع هذا الشيء بمائة فباعه بمائة وعشرين .

أما اذا كان التصرف مخالفا للاذن على وجه لا يرضى به الآذن عادة كأن يبيع بأقل من ثمن المثل أو يشترى بأكثر منه ففي المذهب روايتان :

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في مصادر الالتزامات المرجع السابق ص: 38.

وانظر أيضا شرح الخراشي ج 06 المرجع السابق ص: 73.

(2) أنظر القواعد لابن رجب ص: 420 وكذلك المغني لابن قدامة ج 05 ص: 125 .

وانظر في هذا المعنى أيضا الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار السافي ص: 269 طبعة 1975 .

All Rights Reserved © Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الرواية الأولى : ان التصرف يقع صحيحا لأن أصله مستند الى اذن صحيح وانما وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصبح العقد بأصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته في صفته .

الرواية الثانية : أن التصرف يبطل لمخالفته لصريح الاذن ولأنه خالف دلالة العرف (1) .

أما عند الشافعية لا يملك الوكيل المقيد بالبيع من التصرف الا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق لما فيه من أضرار لقوله عليه الصلاة والسلام لاضرر ولاضرار (2) وتطبيقا على ذلك قالوا اذا وكل الموكل الوكيل في أن يبيع من رجل لم يجز له أن يبيع من غيره لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره واذا باع الوكيل بثمن مؤجل من غير الذي وكله فلا يجوز لأن الأصل في البيع النقد وانما يدخل التأجيل والكساد أو فساد فاذا أطلق حمل على الأصل وان أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع الى أجل أكثر منه (3) .

وذهب الظاهرية الى القول بأنه لا يجوز للموكل أن يتعدى ما أمره به الموكل فان فعل لم ينفذ لقوله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله :((لا تعتدوا فانه لا يحب المعتدين)) ولقوله أيضا جل شأنه :

((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم))

فمن أمره موكله بأن يبتاع له شيئا بثمن مسمى أو يبيع له بثمن مسمى فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقل فما زاد لم يلزم الموكل ولم يكن له البيع أصلا ولم ينفذ البيع لأنه لم يؤمر بذلك فان ابتاع له بما يساوى أو باع بذلك لزم والا فهو مردود وكذلك من ابتاع لآخر أو باع له بغير أن يأمره لم يلزم في البيع أصلا ولا جاز للآخر امضاؤه لأنه امضاء باطل لا يجوز وكان الشراء لازما للوكيل (4) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى القواعد لابن رجب ص: 420 .
وانظر أيضا الوكالة في الشريعة والقانون للسيد الأستاذ الدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني المرجع السابق ص: 272 .
(2) أنظر في تخريج هذا الحديث السنن الكبرى للبيهقي ج 06 ص: 69 الطبعة الأولى 1352 هـ باب لاضرر ولا ضرارا .
(3) أنظر في هذا المعنى كتاب المهذب للشيرازي في فقه الشافعية ج 01 ص: 353 .
(4) أنظر في هذا المعنى المحلى لابن حزم ج 08 ص: 345 ، 346 .
وانظر أيضا كتاب الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني المرجع السابق ص: 271 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واذا أبرأ الوكيل بالبيع المشترى من ثمن البيع المستحق للصغير وقع ابراؤه باطلا لأنه تصرف ضارا بالصغير ضررا محضا وبالتالي فان الوكيل لا يملكه اذ هو في هذه الحالة مجرد وكيل بقبض الدين والوكيل بقبض الدين لا يملك الابراء لأن هذا تبرع في حق الغير فلا يصح (1) .

واذا اشترى الوكيل لموكله ثم أبرأ البائع موكله من ثمنه صح الابراء عند محمد ولا يصح عند أبي حنيفة وابي يوسف، واذا أبرأ الوكيل بالبيع المشترى من الثمن قبل قبضه صح عند أبي حنيفة ومحمد ويلزمه الضمان ويبطل عند أبي يوسف واذا باع الوكيل شيئا فقال الموكل للمشترى أنت بريء من مالي عليك فلا يبرأ لأنه ليس له على المشترى شيء وكذا لو أراد استيفاء الثمن منه لا يكون له ذلك وانما الدين على المشترى للوكيل .

وكذا الأمر بالنسبة لوكيل البيع اذا باع فأبرأ موكله المشترى من ثمنه فالصحيح عند الحنفية أن هذا الابراء صحيح لأنه صدر من أهله وصادف محله واستنادا الى هذا قرر الفقهاء أن الوكيل بالبيع لو قبض الثمن من المشترى ثم أبرأ الموكل المشترى من الثمن صح الابراء ويرد الوكيل الثمن .

ابراء الوكيل في القانون المدني الجزائري

لقد عالج القانون المدني الجزائري مسألة تنفيذ الوكالة وما يتعلق بها من أحكام في عدة مواد ومن ذلك أن المادة : 575/ 1 من القانون المدني الجزائري (2) قد نصت علي مايلي:

((الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة)) .

وهكذا فان حكم المادة في فقرتها الأولى يقضي بعدم السماح بتجاوز الوكيل لحدود وكالته واذا تجاوزها فيكون ملزما بكل الآثار التي تترتب عن هذا التجاوز ولكن الفقرة الثانية من نفس المادة أي المادة : 575/ 1 أضافت قائلة :

((لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود اذا تعذر عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل الا الموافقة على هذا التصرف

---

(1) أنظر في هذا المعنى أدب الأوصياء بهامش كتاب جامع الفصولين ج 03 ص: 236 .

(2) تقابلها المواد التالية في التقنينات العربية المادة : 703 من القانون المدني المصري المادة : 669 مدني سوري ، المادة : 779 قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة : 933 من القانون المدني العراقي .

All Rights Reserved Library of University of Jordan Center of Thesis Deposit

وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوز حدود الوكالة)) وهكذا وحسب الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه فان الوكيل يجوز له أن يتجاوز حدود الوكالة اذا تعذر عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه لو كان على الموكل الآ الموافقة على هذا التصرف بشرط أن الوكيل عليه أن يخبر الموكل في حالة تجاوزه لحدود وكالته في أقرب وقت ممكن الى جانب الحالات الاخرى التي يمكن أن يتجاوز فيها الوكيل لحدود الوكالة وتكون نافذة في حق الموكل كإجازة وبقاء سند الوكالة بيد الوكيل بالرغم من عزل الموكل له وهذا حماية للغير حسن النية .

وما يمكن أن نقوله بناءا على كل ما تقدم فان القانون المدني الجزائري وتماشيا مع التشريعات العربية الأخرى وبموجب حكم المادة المذكورة أعلاه فان الوكيل يجب عليه أن يلتزم حدود الوكالة أثناء قيامه بتنفيذها وذلك دون تجاوزه حدود ما بينه الموكل له من حدود وهذا هو الأصل وهو متفقا مع أحكام الفقه الاسلامي غير أن القاعدة : 2/575 استثنت حالة تعذر اخطار الوكيل للموكل بتجاوز حدود وكالته مع غلبة الظن وأن الموكل لامحالة سيوافق على هذا التصرف لأن الأمر فيه لا يخرج من حالتين :

الحالة الأولى : وان التصرف لا يتحمل الانتظار في الشيء كأن السلعة اذا كانت مما تكاد تتلف .

الحالة الثانية : وان التصرف نافعا للموكل أو أن التجاوز مما يغبن فيه الناس عادة ، ومع ذلك فان الأمر يترك لقاضي الموضوع لتقدير حالة تحقق هذين الشرطين أم لا .

فاذا أثبت توافرهما فان الوكيل يكون قد تصرف في حدود وكالته ويكون نائبا عن الموكل فينصرف له أثر التصرف الذى أجراه الوكيل .

وهكذا يتبين لنا من هذا التحليل وأن خروج الوكيل عن حدود وكالته في القانون المدني الجزائري بالشرطين المذكورين آنفا لا يتناقض مع ما توصل اليه فقهاء الشريعة الاسلامية ولا سيما منها المالكية ولذلك فانه يمكن قياسه وتوجيهه في الابراء وفقا لما ذكرناه ولما أتى به فقهاء الشريعة الاسلامية .

ففيما يخص البيع والشراء فاذا كان التجاوز أو المخالفة على وجه يرضى به الآذن عادة فان التصرف يكون صحيحا أما اذا كان التصرف مخالفا للآذن على وجه لا يرضى به الآذن في هذه الحالة والأرجح فان تصرفه يكون باطلا ولا تنصرف آثاره

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الى الأصيل لأنه لم يحقق مصلحة ونرى من جانبنا وأن ابراء الوكيل للمشترى بصفة خاصة أو ابراؤه لمدين موكله بصفة عامة لا يكون صحيحا ولا تنصرف آثاره الى الأصيل لأنه مضر به الا اذا أجازه هذا الأخير فعندئذ تنصرف آثاره اليه ويكون الابراء صحيحا .

الفرع السابع

ابراء البائع للمشترى من الثمن

البيع في اللغة مطلق المبادلة سواء أكانت مبادلة مالية أو غير مالية .

ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية هو مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا له (1) وقد يكون البيع عبارة عن بيع العين بالنقد وهذا هو البيع الذى تعرفه القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائرى حيث نص في المادة : 351 على مايلي:

((البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل المشترى ملكية شيء أوحقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدى)) .

وقد يكون البيع العين بالعين وهذه هي المقايضة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائرى في المادة : 413 حيث جاء فيها مايلي:

((المقايضة عقد يلتزم به كلا من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر على سبيل المبادل ملكية مال غير النقود)) .

وقد يكون البيع النقد بالنقد وهذا ما يسمى في القوانين الحديثة بعقد الصرف ويعتبر الثمن في عقد البيع في القانون المدني الجزائرى ركنا من أركانه فلا ينعقد العقد بدونه وهو المحل الأساسي لالتزام المشترى وهو الذى يميزه عن غيره من العقود الأخرى كالهبة التي تقوم أساسا على اعطاء المال دون مقابل ويشترط في الثمن أن يكون من النقود المادة : (351 ق م ج) كما يشترط في الثمن أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير وأن يكون جديا وأن تتجه ارادة المتعاقدين الى الوفاء به أما اذا كان الثمن صوريا مثل أن يذكر في عقد البيع أن المشترى قد التزم بدفعه استيفاءا للشكل فقط دون أن تتجه ارادة المتعاقدين الى التزام المشترى بدفعه .

---

(1) أنظر في هذا المعنى فقه الحنفية كتاب تحت عنوان فتح القدير ج 05 ص: 73 .
وانظر أيضا فقه المالكية كتاب شرح الخراشي ج 05 المرجع السابق ص: 413 .
وفي فقه الشافعية كتاب المجموع شرح المهذب ج 09 ص: 148 ، 149 .
وانظر أيضا فقه الحنابلة المغني والشرح الكبير ج 04 المرجع السابق ص: 2 ط 1347 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وقد تكون الصورية مطلقة اذا اتفق على ألاّ يدفع المشتري أي شيئ من الثمن وقد تكون نسبية اذا خالف الثمن المذكور في العقد الثمن الحقيقي المتفق عليه أو نقصا ففي هذه الحالة ينعقد البيع بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري وعلى مدعي الصورية اثباتها فاذا كان طرفا في العقد تعين عليه أن يثبت الصورية بالكتابة واذا كان من الغير جاز له اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات (1) واذا أثبت الثمن صوريا ولم يكن العقد بيعا بل هو هبة وهي هبة مكتشفة اذا تضمن العقد ما يكشف عنها مثل أن يذكر الثمن في العقد ويذكر في ذات الوقت أن البائع قد وهبه الى المشتري أو أبرأه منه أو رد له ففي هذه الحالة لا يعتبر العقد بيعا بل هبة أما اذا ذكر الثمن في العقد ولم يرد به ما يفيد أن البائع (2) تنازل عنه للمشتري أو نص على ذلك في اتفاق آخر بين المتعاقدين فان الهبة تعتبر غير مكتشفة

---

1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط ج 04 طبعة 1968 فقرة : 215 ص : 384 ، 385 .
انظر عقد البيع للأستاذ الدكتور سليمان مرقس ومحمد علي امام فقرة : 67 ص: 136 .
انظر كذلك عقد البيع لعبد الفتاح عبد الباقي فقرة : 61 ص: 96 ، 97 .
كذلك عقد البيع لعبد المنعم البدراوي فقرة : 144 ص: 209 .
انظر كذلك كتاب عقد البيع لاسماعيل غانم فقرة : 28 ص: 52 .
انظر أيضا عقد البيع لجميل الشرقاوي فقرة : 43 ص: 110 ، 111 .
وكذلك محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل في كتابهما عقد البيع فقرة : 22 ص: 42، 43
2) أنظر في هذا المعنى حكم نقض مدني من محكمة النقض المصرية في : 09/ 6/ 1938 الطعن رقم 25 مجموعة أحكام النقض في خمسة وعشرين عاما تحت عنوان هبة قاعدة 18 وجاء فيه ما يلي :
العبرة في عدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه فان البيع يقتضي اطلاقا التزام المشتري بدفع الثمن المسمى ولكن اذا كان الثمن لم يذكر في العقد أو ذكر مع ابراء المتصرف له منه أو وهب اليه فان العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساترا لهبة لأن القانون وان جاز في المادة : 48 من التقنين المدني القديم أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر الاّ أنه يجب أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشروط اللازمة لصحته .
أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 177 هامش رقم 02 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أي هبة مستترة وفي هذه الحالة يوجد عقدان ،عقد بيع صورى وعقد هبة حقيقي غير مكشوف فتنعقد الهبة صحيحة ولو لم يكن العقد رسميا وتنطبق على العقد أحكام الهبة الموضوعية اذ نجد المادة : 488/ 1 من القانون المدني المصرى تنص على مايلي :

((تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر)) .

غير أن مثل هذا النص لا وجود له في قانون الأسرة الجزائرى اذ نجد أن المادة : 206 من هذا القانون تنص على مايلي :

((تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم الحيازة أو مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات)) .

وتأسيسا على ما تقدم ذكره نقول بأنه اذا كان الثمن قد ذكر في العقد واتجهت ارادة المتعاقدين الى وجوب دفعه ثم أبرأ البائع المشترى من دفعه أو وهبه له بعد البيع فان الثمن لا يعتبر صوريا لأن العبرة بجدية الثمن وقت البيع ومتى انعقد البيع وتملك البائع الثمن كان له أن يبرئ المشترى منه أو أن يهبه له ويؤدى هذا الى انقضاء التزام المشترى بدفع الثمن بعد أن نشأ التزاما صحيحا ولا أثر لذلك على البيع الذى نشأ صحيحا (1) .

أما في الفقه الاسلامي فيصح الابراء من ثمن المبيع من غير قبول المشترى لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع الا أنه يرتد بالرّد لأن في الابراء وكما سبق وأن ذكرنا من قبل معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعا لضرر المنة ولكن لا يجوز الابراء عن البيع اذا كان عينا لأن الابراء اسقاط واسقاط الأعيان

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه الوسيط ج : 04 المرجع السابق فقرة : 215 ص : 285 .

وانظر أيضا عقد البيع لسليمان مرقس ومحمد على امام فقرة : 97 ص:136 وكذلك عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه عقد البيع فقرة : 01 ص: 96 .

أنظر أيضا عبد المنعم البدراوى في كتابه عقد البيع المرجع السابق فقرة : 144ص: 209

وانظر أيضا جميل الشرقاوى في كتابه عقد البيع فقرة : 28 ص : 52 .

أنظر جميل الشرقاوى في كتاب عقد البيع فقرة : 43 ص: 111 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

لا يجوز وانما يجوز الابراء من دعواها (1) .

ويسري هذا الابراء أو الحط من الثمن على المتعاقدين وغيرهما فيأخذ الشفيع بالشفعة بما بقي بعد الحط أو الابراء الجزئي وقد نصت المادة: 260 من مجلة الأحكام العدلية على مايلي :

((اذا حط البائع ثمن المبيع مقدار كان جميع المبيع مقابلا بالباقي من الثمن بعد التنزيل والحط)) (2) .

فمثلا لو بيع عقارا بعشرة الآف دينار ثم حط البائع من الثمن الف دينار كيان ذلك العقار مقابلا للتسعة آلاف دينار الباقية ، وتأسيسا على ذلك فلو ظهر شفيع للعقار المذكور أخذه الشفيع بتسعة آلاف دينارا فقط

أما اذا كان الخيار للمشترى ففيه تفصيل نورده فيما يلي : اذا كان الخيار للمشترى فأبرأه البائع من الثمن فعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح الابراء لأن خيار المشترى يمنع وجوب الثمن والابراء اسقاط واسقاط ما ليس ثابت لا يصح ولا يتصور (3) وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا أجاز المشترى البيع نفذ الابراء لأن الملك يثبت مستندا الى وقت البيع تبيين الثمن كان واجبا فكان ابراؤه بعد الوجوب فيصح الابراء (4) هذا يلاحظ بأنه اذا باع شخص مالا من أمواله وقبض ثمنه بالفعل ثم أبرأه

---

1) أنظر البدائع للكساني ج 5 ص: 203 وانظر أيضا البحر الرائق لابن نجيم ج 6 ص 179

2) أنظر في هذا المعنى الدر المختار ج 04 ص: 186 وكذلك المعاملات المالية لأحمد أبو الفتح ج 02 ص: 373 وكذلك أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص: 444 .

3) أنظر الدر المختار المرجع السابق ج 04 ص: 186 .

وكذلك المعاملات المالية لأحمد أبو الفتح المرجع السابق ص: 374 وكذلك الأحكام الشرعية للشيخ علي الخفيف ص: 445 المرجع السابق .

4) أنظر جامع الفصولين ج 02 ص: 214 وانظر أيضا فتاوى ص: 202 في فقه الحنفية فقد جاء فيه مايلي :

اذا أبرأ المشترى من الثمن والخيار للمشترى تم البيع وابراؤه باطل في القياس وكذلك لو قبض الثمن ثم وهبه الى المشترى تم البيع والهبة باطلة قياسا وهو قول أبي يوسف وفي الاستحسان يجوز وهو قول محمد أشار الى كل هذه المراجع الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 180 هامش رقم 01 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المشترى من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع ثم أبرأ المشترى كذلك بدوره البائع من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور واتفاقا فيما بينهما على هذا النحو ثم استحق المبيع للغير فلا يكون للابراء تأثير ويسترد المشترى الثمن الذى قد أعطاه (1) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

1) أنظر البدائع للكساني ج 05 المرجع السابق ص: 67 ومما جاء فيه على الخص مايلي:

وعلى هذا لايخرج الأمر من حالتين:

اما أن يكون الثمن دينا فأبرأ البائع والخيار له المشترى من الثمن أو اشترى شيئا من غيره لم يصح الشراء وكان اجازة أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين .

واما أن يكون للبيع وذلك وان الشراء به من غيره وان لم يصح لكنه قصد التمليك وذ دليل الاجازة كما اذا ساومه .

الباب الثاني
شروط الابراء وأحكامه
الفصل الأول
شروط الابراء

لقد ذكرنا فيما سبق من هذا الموضوع أن الابراء تصرف قانوني وأنه كقاعدة عامة يعتبر عملا من أعمال التبرع لا يقابله عوض من المدين مقابل ابراء الدائن له ولصحة الابراء باعتباره تصرف قانوني لابد أن تتوفر فيه الأركان وشروط الصحة ولا سيما منها ما يعود الى الموضوع وحتى يتسنى لنا معرفة هذه الأركان وشرحها باسهاب ارتأينا أن نقسم هذا الفصل الى أربعة مباحث نتناول في المبحث الأول شروط الابراء في الفقه الاسلامي ونتعرض في المبحث الثاني لأركان وشروط الابراء في القانون المدني بصفته قانونا وضعيا وندرس في المبحث الثالث الابراء الموصوف والمقيد بالشرط ونتعرض في المبحث الرابع الى صيغة الابراء وطريقة اثباته .

المبحث الأول
شروط الابراء في الفقه الاسلامي

يشترط لصحة الابراء في الفقه الاسلامي شروط منها ما يرجع الى المبرئ ومنها ما يرجع الى المبرأ ومنها ما يرجع الى الحق المبرأ منه .

المطلب الأول
شروط المبرئ

يشترط في الدائن المبرئ طبقا للفقه الاسلامي عدة شروط يمكن أن نجملها فيما يلي :

1) أن يكون الدائن المبرئ عاقلا بالغا وأهلا للتبرع راضيا بالابراء وقد نصت المادة : 235 من مرشد الحيران على مايلي :

((يشترط لصحة الابراء أن يكون المبرئ عاقلا بالغا وأهلا للتبرع)) (1) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى المعاملات المالية للأستاذ أحمد أبو الفتح المرجع السابق ج 02 ص: 134 .

وانظر أيضا بحث التزام التبرعات للأستاذ أحمد ابراهيم منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة 1934 المرجع السابق ص: 239 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وتأسيسا على ما تقدم فان ابراء المجنون والصغير (1) والمحجور عليه المكره غير صحيح ولا يسقط به الدين عن ذمة المدين ولقد نصت المادة : 240 من مرشد الحيران على مايلي :

((يشترط لصحة البراءة رضا رب الدين فان أكره اكراها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين)) .

وكذلك فانه لا يجوز أن يكون محجورا عليه لسفه أو دين لأن الابراء تبرع من الدين لا يقابله عوض من المدين .

ولما كان عدم الحجر للدين شرطا من شروط النفاذ فان ابراء المحجور عليه لسبب الدين ينعقد موقوفا على اجازة دائنيه لأن الحكمة من منعه من التبرع انما هي المحافظة على حقوقهم وقد ذهب الى هذا الرأى جمهور الفقهاء في المالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4) وكذلك الصاحبان أبو يوسف ومحمد من الحنفية (5) أما أبو حنيفة فانه لا يرى الحجر لسبب الدين لأن في الحجر على المدين اهدارا لآدميته وانسانيته ما دامت أهليته كاملة بالعقل والدين أمر عارض لا يزيلها ولا ينال منها واذا طلب غرماؤه حبسه حبس حتى يبيع ما له لقضاء دينه (6) .

---

(1) جاء في بحث التزام التبرعات للشيخ أحمد ابراهيم المذكور سابقا ص: 240 مايلي :
اذا كان للصغير دين في ذمة شخص فأبرأ وليه أو وصيه مدينه من الدين كله أو بعضه فلا يصح الابراء لأنه متبرع بمال الصغير .
وقال أبو حنيفة ومحمد ان كان الدين قد وجب بمعاقدة الولي أو الوصي صح الابراء وضمن المبرئ من مال نفسه للصغير ما أبرأ دائنه منه ولقد خالفهما أبو يوسف فلم يجز الابراء على أى حال .
(2) أنظر في هذا المعنى حاشية الشلبي ج 05 طبعة سنة 1000 هـ ص: 19
وانظر أيضا الشرح الكبير للدردير ج 02 طبعة 1309هـ ص: 265 .
وانظر أيضا شرح الخراشي على مختصر سيدى خليل ج 05 طبعة 1317هـ ص: 266 .
(3) أنظر فقه الشافعية كتاب الأم ج 03 طبعة 1321هـ ص: 186 .
(4) أنظر فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج 04 ص: 456 .
(5) أنظر فقه الحنفية البحر الرائق لابن نجيم ج 08 المرجع السابق ص: 83 .
وكذلك أنظر أيضا حاشية الشلبي على الزيلعي ج 05 المرجع السابق ص: 19
(6) أنظر في فقه الحنفية البحر الرائق لابن نجيم المرجع السابق ج 08 ص: 83 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

2) أن يكون المبرئ ذا ولاية في ابرائه أي أن يكون هو الدائن أو وصيا على الدائن هذا اذا كان المبرئ صحيحا فاذا كان مريضا مرض الموت لعتبر ابراؤه وصية وأخذ أحكام الوصية فلا ينفذ الا بعد وفاة المبرئ الا فيما يسعه ثلث التركة بعد وفاة الدين اذا كان عليها دين وهذا تطبيقا للقول المعروف .

((لاتركة الا بعد سداد الديون))

ويتوقف فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة بعد الوفاة وهم من أهل التبرع هذا اذا كان الشخص المبرأ أجنبيا فان كان وارثا توقف الابراء على اجازة باقي الورثة قليلا الدين أم كثير (1) وطبقا لأحكام الوصية لقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 فان كان المدين أجنبي فان الابراء لايجب أن يتجاوز ثلث التركة لأنه يأخذ حكم الوصية فاذا تجاوزه فانه يتوقف على اجازة الورثة أما اذا كان المدين وارثا فان الابراء لايصح الا اذا أجازه باقي الورثة (2) .

المطلب الثاني

شروط المبرأ

يشترط في الشخص المبرأ أن يكون معروفا فلو قال مثلا الدائن لمدينه برأت أحدكما في هذه الحالة لايصح الابراء الا اذا عين الدائن واحد من المدينين لأن الابراء فيه عنصرا لتمليك والتمليك المجهول باطلا أصلا (3) واذا قال شخص لمن برأت مدينا لم يصح الابراء وكذلك اذا قال أبرأت كل مدين لي لم يصح لما فيه من معنى التمليك ولكن اذا كان المبرأ متعددا أو محصورا كأبرأت هؤلاء المدينين صح الابراء لأنهم في هذه الحالة معلومون والمعلوم يجوز تمليكه بعكس المجهول الذي لايصح تمليكه ، ولا يشترط لصحة الابراء أن يكون الدين المبرأ منه معلوما عند جمهور الفقهاء وهكذا وحسب ما يذهب الي الجمهور فان الابراء من الدين المجهول يعتبر صحيحا سواء كان المجهول في المقدار وفي الصفة أم احدهما وسواء جهله كل من المدين والدائن أو جهله واحد منهما وعلمه الآخر (4) وفي قول آخر

---

(1) أنظر في هذا المعنى الهداية في فقه الحنفية ج 08 طبعة 1355هـ ص: 419 .

(2) أنظر المادتين : 185 ، 189 من قانون الأسرة الجزائري .

(3) أنظر في هذا المعنى الحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج 1 المرجع السابق ص: 357 .

(4) أنظر في هذا المعنى فتح القدير ج 05 المرجع السابق ص: 128

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للشافعية ورواية الحنابلة أن الابراء من الدين المجهول غير صحيح (1) .

وحجة أصحاب هذا القول أن الابراء تمليك لما في ذمة المدين وتمليك الشيئ المجهول غير صحيح فلا يصح الابراء من الدين المجهول ، أما حجة الجمهور فتتلخص في أن في الابراء معنى الاسقاط والتمليك فمن حيث اسقاط لاتضر فيه جهالة الدين أيضا لأن الجهالة انما تكون مضرة اذا كانت مؤدية الى المنازعة وبصفة عامة فان مثل ذلك لايكون الاّ في التمليكات التي تحتاج الى القبض والتسليم ومن حيث هو تمليك فان التمليك في الابراء لايحتاج الى تسليم الشيئ الملك فلا تضر معه الجهالة (2) .

وزيادة على ما تقدم لحجج الجمهور من الفقهاء فان الابراء كالوصية اذ كل منهما فيه ازالة للملك ولا يتطلب قبولا فكما أن الوصية لاتؤثر فيها الجهالة فكذلك الابراء ويبدو أن رأى جمهور الفقهاء هو الراجح لأن عدم صحة التمليك في الشيئ المجهول سببه أنه يؤدى الى المنازعة والتمايك الذي في الابراء لايؤدى الى المنازعة فيه لايحتاج الى القبض والتسليم كما ذكرنا من قبل وكما يقال اذا زالت العلة زال المعلول وهذا طبقا للقواعد الأصولية المسلم بها .

هذا فضلا عن أن قياس الابراء على البيع وهو من التصرفات الناقلة للملكية قياس مع الفارق نجملها فيما يلي :

1) أن البيع مبادلة مال بمال فهو اذا عقد معارضة ، أما الابراء فانه تصرف دون عوض على سبيل التبرع .

2) ان من شروط القياس الأصولي أن يتساوى المقيس والمقاس عليه وفي هذه الحالة التي نحن بصددها فيما بين البيع والابراء لاتساوى بينهما فيكون القياس بينهما غير صحيح .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الاشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق ص: 115
وانظر أيضا مغنى المحتاج ج 02 ص 22 حيث جاء فيه مايلي :
وما هو معلوم فان الابراء من العين باطل جزما وكذا من الدين المجهول جنسا أو قدرا أو وصفه باطل في الجديد لأن الابراء متوقفة على الرضا ولا يعقل مع الجهالة وفي القديم صحيح لأنه اسقاط محض كالاعتاق ومأخذ القولين أنه تمايك أو اسقاط فعلى الأول يشترط العلم بالمبرأ منه وعلى الثاني لايشترط .
أنظر أيضا فقه الحنابلة القواعد لابن رجب ص: 232 القاعدة : 104 .
(2) أنظر المرجع السابق للسيوطي ص: 115 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثالث
شروط الحق المبرأ منه

يشترط لسقوط الحق بالابراء في الفقه الاسلامي عدة شروط نورد هنا فيما يلي :

1) يجب أن لا يكون الحق موضوع الابراء عينا من الأعيان فالأعيان كما سبق وأن ذكرنا من قبل لا تقبل الابراء ولا الاسقاط وانما الذي يقبل الابراء أو الاسقاط ما يشغل الذمم كالديون فهي تقبل الابراء ، ويضرب فقهاء الشريعة الاسلامية عدة أمثلة على ذلك منها قولهم لو أسقط مالك الدار ملكه عنها لا يصح اسقاطه لأن الدار باسقاط تكون بلا مالك وهذا شيء لا يجوز لأنها تعتبر سائبة ولا سائبة في الاسلام .

وقد نهى سبحانه وتعالى عن ذلك فقال في محكم تنزيله ((ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام)) (1) .

وتأسيسا على ما تقدم فان الابراء لا يرد على الأعيان الا أن الابراء من الدعوى العينية جائز وصحيح لأنها حق فاذا قال مثلا المدعي للمدعى عليه أبرأتك من ادعاء هذه العين أو من دعواي من هذه العين ، لا تقبل الدعوى بخصوص هذه العين فيما بعد ، ويقول رجال الفقه الاسلامي في ذلك أن الادعاء حق والحق يقبل الاسقاط كأن يدعي شخص منزلا معينا أنه ملكه فيصح له الابراء من هذا الادعاء كما يصح في ابراء الدائن للكفيل من الكفالة وابراء المحال عليه من الحوالة اذ البراءة فيهما تنصب على حق هو الكفالة أو الحوالة (2) .

2) أن يكون الحق موضوع الابراء موجودا عند الابراء أي حقا قائما وثابتا فالابراء من الحق كما ذكرنا من قبل لا يصح قبل وجوده فانه مثلا لا يصح ابراء الزوجة لزوجها من نفقة مستقبلة ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها (3) .

3) يجب أن يكون الحق المراد الابراء منه قابلا للاسقاط كالدين فاذا أبرأ الدائن ذمة مدينه من الدين انقضى الدين بالابراء وبرئت ذمة المدين .

واذا كان الحق غير قابل للاسقاط فانه لا يصلح لأن يكون محلا للابراء مثل حق الرجوع في الهبة وخيار الرؤية قبل الرؤية والاستحقاق بالاجازة وحق الوقف فلا يسقط فاذا قال الواهب أسقطت حق رجوعي بالهبة أو قال تركت حق

---

(1) سورة المائدة آية رقم 103 .
(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا المعنى من هذا الكتاب ص: 108 وما بعدها .
(3) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 87 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

انتفاعي بالاجارة لا يسقط حقه في الرجوع ولا تسقط اجارته .

وكذلك اذا قال الوارث تركت حقي من الارث لا يبطل حقه وبالتالي فان الابراء من هذا الحق يكون غير صحيح .

4) يجب أن يكون الحق المبرأ منه مشروعا فلا يصح الابراء عما يعطى على سبيل الرشوة .

5) لا يجوز الابراء أو الاسقاط بالنسبة لحق الغير اذا كان مشتركا بين الناس جميعا فالابراء أو الاسقاط لا يكون الا في الحق الخالص للعبد .

6) يجوز الابراء في الحق المشترك بين الله والعبد اذا كان حق العبد هو الغالب وذلك كالعفو عن القصاص فهو حق مشترك بين الله والعبد ولكن لما كان حق العبد هو الغالب فقد جعل مناط الحكم بمن له الغلبة .

7) لا يصح الابراء الصادر من الأب في شأن ولايته على الصغير لأن هذا الحق حق ذاتي والاسقاط وكذا الابراء يكون في حق غير ذاتي (1) .

8) لا يصح الابراء الا في حق لا يتضمن معنى التكليف فحق السكنى في بيت العدة لا يصح اسقاطه بالابراء لأنه فيه تكليفا من الله سبحانه وتعالى كما أن هذا الحق هو حق مشترك بين الله وبين المطلق (2) وقد قال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله .

((أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن)) (3) .

المبحث الثاني

شروط الابراء في القانون المدني

لقد رأينا فيما تقدم أن الابراء في القانون المدني الجزائري وفي القوانين العربية الأخرى التي تماثله يتم بمجرد أن يقوم الدائن بالتعبير عن ارادته دون حاجة الى قبول الابراء من طرف المدين وان كان يحق لهذا الأخير أن يرده اذا أراد

---

(1) أنظر في هذا المعنى بحث للأستاذ الشيخ محمد زكريا البردیسي المرجع السابق ص: 101 .

(2) أنظر في هذا المعنى فقه المالكية شرح الخراشي المرجع السابق ص: 99 .

ومما جاء فيه مايلي : ((الابراءة لا تكون الا في محض حق الآدمي والمبرئ انما أبرأ مما له حق فيه لا من حق الله .

(3) سورة الطلاق آية رقم : 06 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ذلك حتى لا يجبر على قبول تبرع لا يريده وبهذا كان الابراء بالنسبة للقانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى تصرفا ارادياً من جانب واحد وهو عمل من أعمال التبرع وهذا ما نصت عليه المادتين : 305، 306 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها المواد المذكورة سابقا في القوانين العربية الأخرى (1) .

ويبدو من أول وهلة وحسب أحكام هذه المواد فانه يشترط لقيام الابراء ما يشترط في أي تصرف قانوني آخر وما يشترط في التصرفات القانونية بوجه عام أن تكون محتوية على ما يسمى بأركان التصرف وشروط صحته .

والمقصود بالأركان هي ما يقوم به الشيء المتصرف فيه واذا تخلفت هذه الأركان أو إحداها فالجزاء المترتب على ذلك هو بطلان التصرف بطلانا مطلقا وأركان أي تصرف قانوني حسب القواعد العامة هي : الرضا ، المحل ، السبب والشكلية اذا كانت للانعقاد أما المقصود بشروط الصحة فمنها ما يعود الى الناحية الموضوعية كخلو الإرادة من عيوبها وبلوغ المتصرف سنّ الرشد أي يكون الشخص كامل الأهلية ومنها ما يعود الى الشكل والمقصود بها افراغ التصرف المراد اجراءه في شكل معين ولكن هذا الشكل لا يكون شرطا للانعقاد وانما يكون للاثبات فقط وعليه فاذا تخلفت الشكلية في هذه الحالة فان التصرف لا يكون باطلا ويكون الاثبات بجميع الوسائل (2) الخاصة بالاثبات كشهادة الشهود والقرائن .

وبما أن الابراء يعتبر تصرفا قانونيا يقصد به انقضاء الالتزام اذا فلا بد أن تتوفر فيه أيضا جميع الشروط التي يجب أن تتوفر في أي تصرف قانوني آخر ولغية معرفة هذه الشروط والوقوف عليها ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطالب وفروع كما يلي :

المطلب الأول

الشروط الموضوعية للابراء

لقد نصت المادة : 306/ 1 من القانون المدني الجزائري والمقابلة لها المادة: 3/ 1 من القانون المدني المصري على مايلي :

((تسري على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع)) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى نظرية الالتزام للأستاذ الدكتور محمد حسنين المرجع السابق ص: 367 .

(2) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 51 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وحسب إهلده العادة فان الابراء تصرف تبرعي وهو بذلك يعتبر هبة ولكنها هبة غير مباشرة لأن المدين لا يتلقى الشيء مباشرة وانما يسقطه الدائن عنه وبذلك يصبح مبرئا من التزامه بالدين ، وعليه فيجب وأن تتوفر في الابراء كل من رضا الدائن المبرئ وأن يكون للابراء محلا وسببا وأن يكون الدائن وهو يقوم بابراء مدينه كامل الأهلية غير محجور عليه لجنون أو سفه أو عته وأخيرا لابد أن تكون ارادته خالية من العيوب التي يمكن أن تصيبها وتأسيسا على ما تقدم فسنقوم في هذا الفرع بدراسة أركان الابراء وهذا بمعالجة كل ركن على حدى ثم نتعرض بعد ذلك لشروط الصحة وهذا حسبما تقتضيه القواعد العامة .

الفرع الأول
أركان الابراء

ركن الشيء هو ما يقوم به وعند تخلفه فان ذلك الشيء يكون باطلا بطلانا مطلقا (1) واذا كان الابراء تصرفا قانونيا من جانب واحد وهو الدائن وهذا حسب القانون المدني الجزائري فمن الواضح عندئذ أن ركنه الأساسي هو التعبير عن الارادة ومناط التعبير عن الارادة هو الرضا الذى لا يكفي وحده وانما لابد أن يكون هذا الرضا منصبا على محل وأن يكون له سببا وعليه فسنحاول فيما يلي دراسة كل ركن على حدى .

1) الرضا

ترى مجموعة من الفقه (2) أن الركن الأساسي في أى تصرف هو التراضي أما المحل والسبب فهما ركنان في الالتزام الناشئ من التصرف ، إذن فالارادة هي أساس التصرف القانوني وللتعبير عنها لابد أن تكون صادرة عن رضا ، وفي الواقع فان القواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على التصرف القانوني الصادر من جانب واحد اذا ما استثنينا منها تلك الشروط التي

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج 01 المرجع السابق فقرة 298 ص: 486 .

وانظر كذلك الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 21

(2) السنهوري الوسيط ج 01 المرجع السابق فقرة : 68 ص: 170 .

أنظر أيضا الدكتور محمد حسنين في كتابه مصادر الالتزام المرجع السابق ص: 21

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يقتضيها التعاقد كضرورة توافق ارادتي المتعاقدين أي لابد من ايجاب وقبول بينما في التصرفات التي تتم بارادة منفردة يكفي فيها الايجاب دون حاجة الى صدور القبول وعلى هذا المعنى نصت المادة : 251 من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها مايلي :

((تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك)) .

وبما أن الابراء في القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى التي تساير في جعل الابراء تصرف يتم بارادة منفردة وطبقا لأحكام القواعد العامة فان المقصود بوجود الرضا هو صدور التصرف من صاحبه وهو راضيا بذلك التصرف وعالما بأنه سيحدث بهذا التصرف أثرا قانونيا ما ، وعليه فالرضا لا يمكن أن يصدر من شخص عديم الأهلية كالطفل الغير المميز والمجنون ومن وكل شخص فقدعه وعيه لسبب ما ، غاب به عنه عقله والشخص الذي يتناول مسكرات أو المعته الذي يرتقي الى درجة اعدام الارادة واذا ما تخلف الرضا باعتباره ركنا من أركان التصرف فان التصرف القانوني يكون باطلا بطلانا مطلقا وعليه فان الدائن وهو يقوم بابراء المدين لابد من أن يجريه عن دراية وأن رضاؤه لابد أن يكون كاملا وغير منعدم فاذا انعدم الرضا فان الابراء الذي قام به الدائن يكون باطلا بطلانا مطلقا وما ذلك الاّ تطبيقا للقواعد العامة .

2) المحل

المحل وهو كل ما يلتزم به المتصرف تصرفا قانونيا وهو اما أن يكون التزام بعمل أو امتناع عن عمل أو باعطاء شيء ويقصد به نقل أو انشاء حق عيني (1) وقد تكلم المشرع الجزائري عن المحل من المادة : 92 الى المادة: 96 من القانون المدني الجزائري ، ولا تصرف فيه لابد أن يكون هذا المحل موجودا أو ممكن الوجود ومعينا أو قابلا للتعيين وأن يكون المحل مشروعا وهذا ما نصت عليه المادتين : 94، 96 من القانون المدني الجزائري .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 63 .

All Rights Reserved Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومحل الابـراء هـو الالتزام الذى يبـرئ الدائـن المدين منه (1) وغالبـا ما يكون محل الابـراء هو مبلـغ من النقود غير أن القاعدة العامـة تقضي بجواز الابـراء مـن كـافة الديـون بصـرف النظـر عـن مصـدرها أو موضوعهـا ولا يستثـنى مـن هـذه الديـون الـتي يجـوز الابـراء منهـا سـوى الديـون التي تقضي قواعد النظـام العـام ببقائهـا لأصحابهـا كدين النفقـة قبـل استحقـاقه أو النـزول عـن حقـوق الولايـة والنسب .

كما يجب أن يكون الحق المحـل الابـراء موجـودا عند الابراء أى حقـا ثـابتا وقائما أو أنـه على الأقل قابلا للوجـود وقـد كنا قد تطرقنا لهذه المسـألة مـن قبـل وقلنا بأنها محل خلاف فقهي لدى فقهاء الشريعة الاسلاميـة فمنهم من يرى بعدم صحة الابـراء للحق قبـل وجوده وهـذا تماشيـا منهـم مع الرأى الذى يرى بأن التعامـل في الشيئ المستقبل باطـل ومنهم من رأى بـأن الابراء من الحق قبل وجوده جـائـز اللّهـم هنـالك أن الابـراء لا ينجـز الأبعد وجود الحق .

ونخلص من كـل ما تقـدم الى القـول بأن الابـراء كـأى تصرف قانوني آخـر لا بـد أن يكـون له محلا ، ومحلـه هو الالتزام الـذى يبرئ الدائـن المديـن فيـه ويصح أن يقع الابـراء على أى التـزام ما لم يكن ذلك مخـالفا للنظام العام والآداب العامة أو يكون الالتزام المبـرأ منه من الأعيان لأن الأعيـان لا يجوز الابراء منها وانما يجوز الابراء من دعواها فقط (2) .

3) السـبب

السبب بمفهوم النظريـة التقليـدية هو الغـرض المباشر الذى يقصـد اليـه المتعاقدين والفرق بينـه وبين المحل كما يقال عـادة هو أن المحل جواب لمن يسـأل بماذا التزم المدين ؟ أما السبب فجـواب من يسأل لماذا التزم المدين ؟ والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصـرا في كل التزام بل يقتصـر على الالتـزام العقدى اذا الالتزام غيـر العقدى لم يقـم على ارادة المتلـزم حتى يصح السؤال عن الغـرض المباشر أما النظرية الحديثة أو ما يسمى بنظـرية القضاء فهـي لا تقـف عند مجـرد الغرض المبـاشـر

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتـزام المرجع السابق ص: 367 .
وانظـر أيضا الأستاذ الدكتور سليمان مرقس في كتابه موجز أصول الالتزامات المرجع السابق فقـرة : 888 ص: 940 .
(2) أنظـر ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص: 75 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وانما تفوض الى الباعث وتهدف من وراء ذلك الى حماية النظام العام والآداب العامة وهكذا تخضع لأحكامها جميع التصرفات القانونية ففي عقود التبرع نجد أن السبب هو نية التبرع في الابراء مثلا وقد نص المشرع الجزائري على السبب في المادتين : 97 ، 98 ، اذ جاء في المادة : 97 مايلي :

((اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا)) .

والابراء كأي تصرف قانوني آخر يجب أن يكون له سببا مشروعا والسبب في الابراء هو ما دفع الدائن الى ابراء المدين فاذا كان هذا الباعث غير مشروع كالابراء الحاصل لامرأة بقصد الوصول الى معاشرتها معاشرة غير مشروعة وقع الابراء باطلا (1) وما ذكرناه ما هو الا تطبيقا للقواعد العامة كما أنه اذا اتضح وأن الابراء الذي قام به الدائن كان له باعث ثم تخلف هذا الباعث فان الابراء الذي قام به يسقط ويصبح لامعنى له (2) ومن تطبيقات السبب بمعنى الباعث

---

(1) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة 312 ص: 477 .

وانظر أيضا أنور سلطان وجلال العدوي في رابطة الالتزام المرجع السابق فقرة 475 ص: 5 طبعة 1967 .

أنظر في هذا المعنى أيضا الوسيط للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ج 03ص: 975 هامش رقم 01 وقد جاء فيه مايلي :

انه أثبت أن الابراء كان له باعث معين ثم تخلف هذا الباعث سقط الابراء . يضيف الى ذلك قوله ان الابراء في القانون الألماني تصرف مجرد من السبب فلا يتأثر بالباعث فاذا أبرأ الدائن مدينه انقضى الدين وزالت التأمينات التي كانت تكفله واذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الابراء قد تخلف لم يسقط الابراء ولم تعد التأمينات وانما يرجع الدائن على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

ونحن نعتقد أن موقف المشرع الألماني هذا في الابراء يعود في الواقع إلى أصل القوانين الرومانية التي تأخذ بالارادة الظاهرة ولا تحفل بالسبب وبالتالي فهي تجرد الارادة من سببها بل تجردها حتى من عيوبها وعلى هذا لا يمكن القول بالبطلان على أساس تخلف السبب .

(2) أنظر مجلة القانون والاقتصاد يونية 1964 ص: 25 وما بعدها ، وانظر أيضا في تطبيقات السبب بمعنى الباعث للأستاذ محمد لبيب في مصادر الالتزام في القانون اللبناني طبعة 1970 فقرة : 169 وما بعدها .

وانظر أيضا مصادر الالتزام للدكتور أحمد سلامة فقرة : 71 ص: 104 طبعة 1974 حيث جاء فيه على الأخص مايلي : ان سبب التزام المتبرع مثلا هو نية التبرع .

أنظر أيضا الوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمد حسنين المرجع السابق ص: 21 .

All rights Reserved - Library of the University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الدافع الى التعاقد ما جاء في البحث الذى قام به الدكتور جميل الشرقاوى تحت عنوان طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني : وهو منشور بمجلة القانون والاقتصاد ومما جاء فيه مايلي : ((ان المحل والسبب أيا كان الموضع الذي نختاره لهما يعتبران من عناصر الارادة ثم يضيف قائلا الاّ أن السبب ليس هو الارادة ذاتها لكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت اليه الارادة فهو ليس عنصر من عناصر الارادة يتواجد معها بل هو عنصر متميز عن الارادة لما كانت الارادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه الى سبب لذلك كان السبب وان تميز عن الارادة فهو متصلا بها أوثق اتصال فحيث توجد الارادة وجد السبب)) .

ونخلص من كل ما تقدم فيما يخص اركان الابراء الى القول بأنه كأى تصرف قانوني آخر اذا قام به الدائن فلا بد أن يكون عالما وراضيا به وأن يكون له محلا الذى يجب أن يكون موجودا كقاعدة عامة وغير مستحيل ومشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وأن يكون له أخيرا سببا وهذا السبب لابد وأن يكون موجودا ومشروعا فاذا لم يوجد أو وجد ثم تخلف أو كان غير مشروع كان الابراء الذى يجريه الدائن باطلا بطلانا مطلقيا وما ذكرناه في الواقع ما هو الاّ تطبيقا للقواعد العامة فيما يخص تخلف ركن من أركان التصرف التي هي الرضا والمحل والسبب

الفرع الثاني

شروط صحة الابراء

رأينا فيما سبق أن الابراء لكي يكون صحيحا فلابد أن تتوفر فيه الأركان الثلاثة التي هي الرضا والمحل والسبب وغير أن هذه الأركان لا تكفي وحدها لصحة الابراء بل لابد من أن تتوفر شروط أخرى وهي ما تعرف طبقا للقواعد العامة بشروط الصحة من حيث الأهلية وعيوب الرضا ولمعرفة هذه الشروط نرى بأنه يتعين علينا أن نتعرض لكل شرط من هذه الشروط على حدي .

1) عدم اشتراط أى شكل خاص للابراء : لقد نصت المادة : 306/ 2 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 372/ 2 من القانون المدني المصرى على مايلي :

((ولا يشترط فيه (أى في الابراء) أي شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدين) .

وحسب مفهوم نص هذه المادة من القانون المدني الجزائرى فانه لا يشترط لوقوع الابراء أى شكل خاص بل أكثر من ذلك فلا يشترط للابراء شكل خاص، ولو وقع على التزام

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان وموقف المشرع الجزائري هذا متفق ومنطبق مع كل من القانون المدني المصري المادة : 372/ 2 وكذلك التقنين المدني السوري المادة : 370 والتقنين المدني الليبي المادة : 359 والمادة 447/ 2 من القانون المدني الأردني وهذه المواد كلها مماثلة ومطابقة لحكم المادة 306/ 2 من القانون المدني الجزائري ، أما بالنسبة للقانون المدني اللبناني فلقد جاء في المادة : 339 من قانون العقود والموجبات اللبناني مايلي :

((ان الابراء لا يخضع لقواعد الشكل المختصة بالتبرع ولو أجراه الدائن دون منفعة تقابله)) .

وهذا هو موقف القانون المدني الفرنسي والفقه فيما يتعلق بعدم شكلية الابراء الابراء (1) .

اذا فالابراء وفقا لما ذكرناه يعتبر تصرف قانوني رضائي وليس تصرفا شكليا وعليه فهو ينعقد بارادة الدائن دون حاجة الى اشتراط افراغ هذه الارادة في ورقة رسمية أو في شكل خاص ويعتبر الابراء من هذه الناحية كالهبة غير المباشرة DONATION INDIRECTE في عدم اشتراط أي شكل خاص بالرغم من أنه من أعمال التبرع (2) وعليه فان الابراء يمكن أن يتم بطريقة الكتابة أو شفويا وقد يكون صريحا أو ضمنيا ويمكن أن يتم في ورقة عرفية (3) واذا كان القانون قد اشترط الرسمية في الهبة فان ذلك لا ينصرف الا الى الهبات المباشرة دون الهبات غير المباشرة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة: 206 من قانون الأسرة .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأساتذة هنري وليون وجان مازو في شرح القانون المدني الفرنسي ج 2 فقرة 1198 ومما جاء في هذا الشرح فيما يخص عدم شكلية الابراء مايلي :

(ان الابراء هبة غير مباشرة فاذا ما تم بين الأحياء فانه لا يلزم لانعقاده أي شكل خاص)

La Remise de dette Constitue une Donnation Indirecte il en résulte que la remise de dette est faite Entre Vivants aucune forme n'est exigée.

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج 3 المرجع السابق ص: 969 . 970

وانظر أيضا الأستاذ الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق، ص: 367

(3) أنظر في هذا المعنى جوسران في كتابه الالتزامات ج 02 فقرة 953 ص: 505

وانظر أيضا مارتي ورينو في شرح الالتزامات ج 02 المرجع السابق، المجلد الأول ص: 854 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وكما هو معروف فان الابراء يعتبر من قبيل الهبات غير المباشرة ، اذن فالابراء مجرد من أي شكل حتى لو كان الدين محل الابراء قد نشأ عن عقد يشترط القانون أو الطرفان لانعقاده شكلا معينا سواء كان هذا الشكل مفروضا بحكم القانون أو متفقا عليه من طرف المتعاقدين (1) ، فمثلا لو وعد شخص آخر بأنه سيرهن له عينا معينة لتكون عقارا رهنا رسميا فانه لا يلتزم بموجب هذا الوعد الا اذا كان الوعد مكتوبا بكتابة وفي ورقة رسمية وهذا بحكم المادة : 72 من القانون المدني الجزائري (2) التي تشترط الرسمية اذا كان الشيء الموعود به يتطلب ذلك وعليه فاذا كان الوعد بالرهن الرسمي قد كتب في ورقة رسمية وترتب عليه التزام الواعد بتنفيذ الرهن الرسمي للموعود له وهو الدائن الذي يستطيع أن يبرئ الواعد وهو المدين من التزامه دون حاجة الى افراغ الابراء في ورقة رسمية ، كذلك اذا اتفق المتعاقدان في البيع على أن يكتب عقد البيع في ورقة رسمية فان التزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد شكلي والشكلية هنا هي بمقتضى الاتفاق فانه يمكن للبائع ابراء المشتري منه دون حاجة الى أن يكون الابراء في ورقة رسمية .

هذا كله لو صدر الابراء من الدائن في حالة الحياة أما اذا كان الدائن قد أوصى بابراء مدينه فان الابراء هنا يكون وصية وتسري عليه أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع اذ لابد من افراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانونا ولا ينفذ الا من ثلث التركة وهذا طبقا للمادة: 185 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على مايلي :

((تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث توقف على اجازة الورثة))

---

1) أنظر مارتي ورينو المرجع السابق وفي نفس الموضع وقد جاء فيه على الخصوص مايلي :
الابراء لا يخضع لقواعد الشكل الخاصة بالهبات لأنه يعتبر هبة غير مباشرة .

2) تنص المادة : 72 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة: 102 من القانون المدني المصري والتي تطابقها تمام الانطباق على مايلي: ((اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد)) .

وانظر في هذا المعنى الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج 03 المرجع السابق ص: 970 .

وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه للالتزامات المرجع السابق فقرة : 302 ص: 478 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اذن فالابراء الذى يصدر من الدائن والذى يأخذ حكم الوصية فانه لا ينفذ الا في حدود الثلث وما زاد عن ذلك فانه يتوقف على اجازة الورثة فان أجازوه فيكون نافذا صحيحا أما اذا لم يجيزوه فلا ينفذ الا في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يكون باطلا (1) .

وكذلك يجوز للموصي الرجوع في الابراء قبل موته وهذا طبقا لأحكام المادة 192 من قانون الأسرة الجزائرى التي جاء فيها مايلي :

((يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا))

ويسقط الابراء أيضا اذا مات الموصى له قبل الموصي وهذا ما نصت عليه المادة 201 من قانون الأسرة الجزائرى بقولها :

((تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي)) .

أما اذا صدر الابراء من الدائن وهو في مرض الموت فلم يشترط فيه أن يكون في شكل الوصية ولكن تسرى عليه أحكام الوصية من حيث الموضوع وهذا وفقا لأحكام المادة : 776 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة: 916 من القانون المدني المصرى حيث جاء فيها مايلي:

((كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي الى هذا التصرف)) .

أما بالنسبة لابراء الميت من دين عليه فان المشرع الجزائرى والمشرع المصرى لم ينصا على هذه الحالة ولكن المشرع العراقي قد نص على هذه الحالة

---

1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور السنهورى الوسيط ج 3 المرجع السابق ص: 970 وقد جاء في فقه القانون المدني الفرنسي مايلي : اذا كان الابراء واردا في شكل وصية فانه يجب مراعاة الشكل الواجب توافره قانونا في الوصية .

أنظر أيضا عرائض باريس صدرت في 15 أكتوبر 1881 داللوز 1882 ج 1 ص: 477

وانظر هنرى وليون مازو وجان مازوج في كتابهم دروس في القانون المدني ج 2 طبعة 1966 فقرة 198 فقد جاء فيه مايلي :

ان الوصية وهي تصرف مضاف الى ما بعد الموت تخضع لقواعد الشكل والا كانت باطلة كذلك الشأن بالنسبة للابراء اذا كان مفرغا في صورة وصية فانه يخضع لقواعد الشكل الخاصة بالوصية .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

في المادة : 422/ 2 فجاء فيها مايلي :

((يصح ابراء الميت من دينه)) (1)

ونحن نرى أنه ما دام الابراء في ظل القانون المدني الجزائري يتم بارادة منفردة (2) فانه يجوز ابراء الميت من دينه وبمجرد أن يصدر من الدائن فانه يكون نافذا لأنه لا يتصور ردّ الدين له وعلى ذلك فانه يصبح ساري المفعول بمجرد صدوره من الدائن وهذا طبقا لأحكام المادة : 305 من القانون المدني الجزائري (3)

2) أهلية الدائن الذي يقوم بابراء مدينه

قبل أن نتعرض للأهلية المطلوبة في الدائن المبرئ يجب أن نلاحظ أن المادة 305/ 1 من القانون المدني الجزائري تشترط في الابراء أن يصدر عن ارادة الدائن اختياريا وهذا للتعبير عن النزول عن حقه بدون مقابل وكما سبق لنا وأن ذكرنا من قبل فان هذه الارادة لا يلزم لها أي شكل خاص، وأي تعبير عنها يكفي سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا ، ولا يشترط في التعبير الصريح أن ينصب مباشرة على الابراء فمثلا المخالصة الصورية التي يعطيها الدائن للمدين تكون تعبيرا صريحا عن الابراء ويكون تعبيرا ضمنيا عن الابراء في عقد ملزم للجانبين لم يبدأ تنفيذه بعد أن ينزل أحد المتعاقدين عن حقه الناشئ من هذا العقد فيعتبر هذا النزول ابراءا ضمنيا من جانب المتعاقد الآخر عن حقه المقابل ويرجع في ذلك الى نية

---

(1) وهذا ما نصت عليه المادة : 353 من قانون التجارة رقم 02 لسنة : 1961 لدولة الكويت .

(2) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 36 وما بعدها .

(3) أنظر ما سبق ذكره في هذا الموضوع من هذا الكتاب ص: 49 ، 50

(4) تنص المادة : 340 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على مايلي :

يكون عقد الابراء صريحا أو ضمنيا فهو يستفاد من كل عمل أو كل حالة تتبين منها جليا عند الدائن نية التنازل عن حقوقه وعند المديون نية الاستفادة من هذا التنازل)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المتعـاقدين (1) .

ونشير أخيـرا الى أن الابراء في تصويـره يعتبر نـزولا عن الحق وبالتالي فانـه لا يفترض وعنـد الشك فانـه لا يكون هناك محـلا لتفسيـر ارادة الدائن بـأنه قصـد الابـراء كما أن الابـراء بصفتـه تصرفـا من التصـرفات القانـونية فـانه يجوز تعليقيـه من طـرف الدائـن وهـذا ما نصت عليه المادة : 423 من القـانون المـدني العراقي حيث جاء فيها مايلي :

((يصـح تعليق الابـراء فـان علـق الدائن ابـراء مـدينه من بعض الديون بشـرط أداء البعض الآخر فـان أدى المدين بـرئ ، وان لم يـؤده فـلا يبـرأ أو يبقى عليـه الدين كلـه)) وهـذا ما نص عليه قـانون التجارة الدولي لدولة الكويـت رقـم 02 لسنة 1961 .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري والمشرع المصري فلم يتعرضا لمثل هـذا الحكـم أي تعايق الابـراء الاّ أننا نـرى أن هذا الفـرض هو قريب من فرض الصلح مع المفلس وعليـه فانـه يجوز تعليق الابراء وهذا على الشرط طبقا للقواعد العامة حتى ولو كـان ذلك مخالفـا لجمهور الفقه الاسلامي .

وسنعود لهـذه النقطـة بالتفصيـل عنـدما نتعـرض لمدى صحة تعليـق الابـراء على الشرط فيما بعـد .

اذن فالدائـن المبـرئ يستطيـع أن يقـوم بكـل التصرفات التي ذكرنـاهـا فيما يخص الابراء ولكن لا يتسنى له ذلك الاّ اذا كانت له أهلية (2) والأهلية المطلوبة

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط للأستـاذ الدكتور السنهوري ج 03 ص: 977 .
وانظـر أيضـا تقسيـم الابراء الى صريـح وضمني من فقه القانون المدني الفرنسي لكولان وكابيتان ج 02 فقـرة : 581 وانظر أيضا بلانيـول وريبيـر في فقـه القانون المـدنـي الفرنسي ج 07 فقـرة : 15 ، 19 .
أنظر أيضا الأستاذ كاربونيه في كتابه الالتزامات تحت عنوان CONDITION DE LA REMISE DE DETTE ج 02 فقرة : 220 ص: 877 المجلد الأول .

*(2) يميز الفقهاء بين كل من أهلية الوجوب Capacite de Jouissance وأهلية الأداء CAPACITE D'EXERCICE ويعرف علماء أصول الفقه الاسلامي أيضا بأن أهلية الوجوب بأنها صلاحيـة الانسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات فـاذا انعدمـت

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

هنا في الابراء هي أهلية التبرع لأن الابراء تصرف تبرعي (1) كما ذكرنا من قبل .

وعليه فانه لا يجوز للقاصر أو المحجور عليه ابراء المدين من الدين لأن أهلية التبرع غير متوفرة فيهما ولا يجوز للوصي ولا المقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجوريهم بل لا يجوز ذلك حتى باذن المحكمة ، فالمحكمة لا تملك ولاية التبرع في مال المحجور عليه فالابراء في جميع هذه الأحوال يكون باطلا وهذا ما نصت عليه المادة : 421 من القانون المدني العراقي السابقة الاشارة اليها وفي الواقع فان حكم المادة : 421 من القانون المدني العراقي تنطبق مع ما ذهب اليه المشرع الجزائري في المادة : 306/ 1 والتي تقابلها المادة : 372/ 1 من القانون المدني المصري حيث تنص هاتان المادتان على مايلي :

((تسري على ابراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع)) .

---

* معها الشخصية كالجنين حين يولد ميتا وهذا ما نصت عليه المادة: 25 من القانون المدني الجزائري بقولها : تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية شرط أن يولد حيا كما عرفوا أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص لأن تعتبر أقواله وأفعاله وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري : ((كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية)) .

أنظر تفصيل ماذكرناه في كتاب الأصول للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ص: 154، 155 طابعة 1950 .

(1) أنظر هنري وليون وجان مازو في كتابهم الالتزامات ج 02 فقرة : 1198 ص: 991 وما جاء فيها مايلي :

ان الأهلية المطلوبة للابراء هي أهلية التبرع بين الأحياء .

أنظر المادة : 421 من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها مايلي : ((يشترط لصحة الابراء أن يكون المبرئ أهلا للتبرع .

أنظر كذلك الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري ج 03 المرجع السابق ص: 973 .

وانظر أيضا في الفقه الفرنسي كاربونيه ج 02 المجلد الأول فقرة : 220 ص: 777 حيث يقرر بأنه يجب تطبيق قواعد الهبة فيما يخص الأهلية .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وكما هو معروف، فان الأهلية المطلوبة لكل تبرع هي الأهلية الكاملة وقد نصت المادة : 40 من القانون المدني الجزائري على مايلي :

((كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية)) .

وسن الرشد في القانون المدني الجزائري هي 19 سنة كاملة .

اذن فالأهلية المطلوبة والتي يعتد بها في الابراء هي الأهلية الكاملة التي لم يصبها أي عارض من عوارض الأهلية التي هي الجنون والعته والسفه والغفلة(1) وهذا ما جنحت اليه التشريعات الأجنبية الأخرى ومنها التشريع المصري والتشريع الفرنسي واللبناني والمشرع العراقي وغيرها من القوانين الأخرى فكلها متفقة فيما يخص ضرورة توافر الأهلية الكاملة للدائن المبرئ المتبرع وعليه فيجب علينا أن ندرس الابراء الصادر من كل من الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه والصبي المميز ومن في حكمه .

أ ـ الابراء الصادر من الصبي غير المميز

اذا صدر الابراء من الصبي غير المميز الذي لم يبلغ سن السادسة عشرة من عمره حسب القانون المدني الجزائري والسابعة حسب القانون المدني المصري والشريعة الاسلامية الغراء ، أما المشرع الفرنسي فلم يجعل سنّا معينة لسن التمييز وانما ترك المسألة لقاضي الموضوع فاذا صدر الابراء من الدائن وكان غير مميز فان ذلك الابراء يكون باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الأهلية وانعدام التمييز لديه

وبرجوعنا الى القانون المدني الجزائري نجد أن المادة : 79 تنص على مايلي :

((تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية وبالرجوع الى مدونة الأحوال الشخصية المتمثلة في قانون الأسرة فنجد أن المادة : 82 من هذا القانون تنص على مايلي :

((من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه فتصرفاته باطلة طبقا للمادة: 42(2) تعتبر جميع تصرفاته باطلة)) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور أنور سلطان في كتابه المبادئ القانونية العامة المرجع السابق ص: 156 .

وانظر أيضا الأستاذ الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 156

(2) أنظر المادة : 42/ 2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي :((يتعبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة من عمره)) وتقابلها المادة : 45/ 2 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها مايلي : ((كل من لم يبلغ سن السابعة يعتبر فاقدا التمييز)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهكذا فان الصبي غير المميز اذ لا يستطيع مباشرة أي عقد أو تصرف وهذا ليس قاصرا على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الادارة بل يمتد أيضا الى عقود الاغتناء فلا يستطيع قبول الهبة لأنه فاقد التمييز وبالتالي لا يكون لارادته أي أثر (1) ومن ثم فان ابراءه يقع باطلا بطلانا مطلقا .

ب ـ الا براء الصادر من المجنون والمعتوه والسفيه

لقد نصت المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي :

((تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة اذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)) .

وهكذا يعتبر ابراء المجنون والمعتوه والسفيه غير صحيح وغير نافذ في حقهم .

كما نجد المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري أيضا تنص على مايلي :

تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم اذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها))

وهذه المادة نجدها بأنها تقابل المادة 114 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها مايلي :((يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .أما اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت أوكان الطرف الآخر على بينة منه))

اذن فحسب هاتين المادتين من قانون الأسرة الجزائري فان تصرفات الدائن الذي يكون قد أصيب بعاهة عقلية سواء كان جنونا أو عته أو سفه فان تصرفاته تكون باطلة اللهم تلك التصرفات التي تقع قبل الحجر ولا تكون العاهة العقلية مشهورة أو فاشية لدى الغير فتكون تلك التصرفات صحيحة

---

* ولذا يكون للقاضي في ظل هذين القانونين السلطة التقديرية في وجود التمييز من عدمه وهذا في كل حالة على حدى دون التقيد بسن معينة .

(1) أنظر ماذكرناه الدكتور أنور سلطان في كتابه المبادئ القانونية العامة المرجع السابق ص: 156 ، 157 .

وانظر أيضا الوسيط للأستاذ السنهوري ج 1، فقرة 538 ص: 801 هامش رقم : 01 .

وانظر أيضا الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 155 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهـذا حمايـة للغيـر حسن النيـة .

غير أن مـا يلاحـظ بالنسبـة للمادة 85 من قانـون الأسرة الجـزائـرى ، وأن المشـرع في هذه المـادة قد سوى ما بين تصرفات المجنون والمعتـوه والسفيـه وجعلها غيـر نافـذة ولعل ما تجـب ملاحظتـه في هـذا الصدد وأن المشـرع الجـزائرى قـد جعـل حكمـا واحـدا بالنسبـة لتصـرفات المجنون والمعتـوه والسفيـه بالرغـم من اختـلاف كـل عـاهـة عـن الأخـرى سـواء مـن حيـث الحكـم أو من حيث الآثـار .

كما أن المشـرع الجـزائرى قد استعمل مصطلـح عـدم النفـاذ بدل البطلان وهـذا مـالا يتلائـم مـع الدقـة القـانونيـة للمصطلحيـن .

فعـدم النفـاذ يستعمـل عـادة عندمـا يكـون التصـرف صحيحا مـا بيـن المتعـاقدين وباطـلا أو قـابلا للابطـال بالنسبـة للغير وبالتـالي يكـون التصـرف صحيحـا ما بيـن الطـرفين وغيـر نـافذ في حـق الغيـر ولعـل أبـرز صـور ذلـك ما نـص عليـه المشـرع الجـزائرى في المـادة 397/ 2 من القانـون المدنـي وهـو يتكلـم عـن حكـم بيـع ملـك الغيـر حيـث نجـد وأن هذه المادة تنـص في فقـرتهـا الثـانيـة على مـايلي :

((و . . . وفي كـل حـالة لايكـون هـذا البيـع ناجـزا في حـق مـالـك الـشيئ المبيـع ولـو أجـازه المشتـرى))

كما قـد يكـون التصـرف غيـر نـافـذ فـي حـق الغيـر اذا كان هـذا التصـرف ضـار بذلك الغيـر كتصـرف المديـن في حق دائنيـه وهـذا ما نصـت عليـه المـادة 197 من القانون المدني الجـزائرى بقولها :

((لكل دائـن حـل دينـه وصـدر من مـدينه تصـرف ضار بـه أن يطلـب عـدم نفـاذ هـذا التصـرفه في حقـه))

أمـا البطـلان فهـو الجـزاء المترتب على عـدم تـوافـر ركن من أركان التصـرف أو شـرطا من شـروط صحتـه .

وعليـه فكـان من الأحسـن بالمشـرع الجـزائرى أن يستعمل مصطلـح البطلان بـدل عـدم النفـاذ لأن في حـالة الجنون مثـلا فان الأهلية قـد تتخلـف وبالتـالي فالرضـا منعدم وهو ركن أسـاسي في أى تصرف والجزاء المترتب على ذلـك هو البطلان المطلق وليس عدم النفـاذ وعليـه فاننا نـرى وأن المشرع المصرى حسنـا فعل عندما جعل تصرف المجنون ومن في حكمـه باطلا ،كما أن المشـرع الجـزائـرى قد خلـط بين الأحكام الخاصـة بالجنون والعتـه من جهة والسفـه مـن جهـة أخرى

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واذا ما رجعنا الى المادة : 43 من القانون المدني الجزائري فنجد أنها تنص على مايلي :

((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون)) .

اذن فالمعتوه والسفيه يدخلان حسب حكم هذه المادة في أحكام ناقص الأهلية وليس في أحكام عديم الأهلية وعليه يبدو أن هناك تناقض ما بين حكم المادة 43 ق.م.ج والمادة : 85 من قانون الأسرة التي تسوى ما بين حكم المجنون والمعتوه والسفيه في عدم نفاذ تصرفهم ، ولذلك فانه يبدو من المحتوم على المشرع الجزائري اعادة النظر في هاتين المادتين والعمل على ازالة التناقض الحاصل في حكمهما كما يجب اعادة النظر في المادة 85 من قانون الأسرة والتي تعطي نفس الحكم للمجنون والمعتوه والسفيه مع أننا نعلم وأن هناك فرق ما بين هذه الحالات اذ أن المشرع المصري والتشريعات الأخرى تفرق ما بين حالة الجنون والسفه والعته .

أما بالنسبة للمادة 107 والتي تحكم تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه قبل الحجر وبعد الحجر فانهما قد أتت مطابقة للمادة : 114 من القانون المدني المصري من حيث المعنى ومن حيث الآثار وان كان هناك فرق من ناحية صياغة المادتين الا أن المعنى واحد .

ونخلص من ماتقدم فيما يتعلق بالابراء الصادر من المجنون والمعتوه والسفيه ونقول بأن ابراءهم يقع باطلا وهذا طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري اذ أن تصرفهم هذا يعتبر ضارا بهم ضررا محضا .

ج ـ الابراء الصادر من الصبي المميز ومن في حكمه

يقع الابراء الصادر من الصبي المميز باطلا لأنه يعتبر تصرفا من التصرفات الضارة به ضررا محضا وهذا ما نصت عليه المادة : 83 من قانون الأسرة الجزائري(1) وتقابلها المادة: 111 من القانون المدني المصري وبالاستناد الى هذه المادة فان الابراء الصادر من المميز ومن في حكمه يكون باطلا لأنه يعتبر من التصرفات الضارة به ضررا محضا كما سبق وأن ذكرناه من قبل .

كما أن تصرفات السفيه وذي الغفلة فيما يخص الابراء فانه يكون باطلا

---

(1) أنظر هذه المادة فيما سبق ذكره من هذا الكتاب ص:

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أيضا لأن تصرفهما يسرى عليه ما يسرى على تصرفات الصبي المميز المادة(43 ق.م.ج)) وان كان المشرع الجزائرى لا يفرق ما بين حالة السفه والغفلة ويعتبرهما حالة واحدة وهو يماثل في ذلك المشرع الفرنسي واللبناني ، أما بالنسبة للمشرع المصرى فانه يفرق ما بين السفيه وذو الغفلة ومهما يكن من أمر فان السفيه وذو الغفلة تكون أهليتهما ناقصة كأهلية الصبي المميز فتثبت لهما أهلية الاغتناء كقبول الهبة والوصية وتنعدم أهليتهما للتبرع .

الفرع الثالث

خلو ارادة الدائن المبرئ من عيوب الرضا

لقد قلنا فيما سبق ذكره أن التصرفات القانونية قوامها الارادة والارادة قد تكون معدومة أى غيرموجودة وقد تكون الارادة موجودة ولكنها معيبة باحدى عيوب الرضاء وتعتبر الارادة منعدمة اذا صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما (1) وتكون الارادة معيبة اذا صدرت من كامل الأهلية الغيرالمحجورعليه الذى شاب رضاه غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال والابراء كما نعرف باعتباره تصرفا قانونيا يشترط فيه أن يتم بارادة الدائن واختياره وهذا ما نصت عليه المادة : 305 ق.م.ج ، وكذلك فانه يشترط أن تكون ارادة الدائن المبرئ خالية من العيوب التي تعيب الرضا وعليه فاذا شاب ارادته عيب الاكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال كان الابراء قابلا للابطال .

ومن خلال التطبيقات العملية فأكثرعيوب الارادة التي تشوب ارادة الدائن المبرئ هو عيب الاكراه اذ أن الدائن في الواقع لا يبرئ مدينه عادة وانما هو في الكثير من الأحيان يكون مكرها وهذا ما عبرت عنه المادة : 240 من مرشد الحيران بقولها :

((يشترط لصحة البراءة رضا رب الدين فان أكره اكراها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ ذمة المدين)) .

المبحث الثالث

الابراء الموصوف أو المقيد بالشرط

الأصل أن الابراء يصدر من الدائن من غير شرط ولا تقييد بأى صفة من أوصاف

---

(1) أنظر ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 136 ، 137 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الالتزام التي هي الشرط والأجل ويسمى في هذه الحالة بالابراء المطلق (1) مثل أن يقول الدائن لمدينه أبرأتك مما لي عليك من الدين وحكم هذا النوع من الابراء هو سقوط الدين عن المدين وابراء ذمته وقد نصت على هذا النوع من الابراء المادة 35 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية حيث جاء فيها مايلي:

((الاسقاط والابراء المطلق لا رجوع فيه وتبرأ ذمة المديون ولو جهل الدائن حقيقة مقدار دينه أو وجد بعد ذلك حجج لم يعلم بها الا اذا كان الاسقاط من الورثة في دين موروث وثبت تحيل أو تدليس من المدين أو ممن كان متواطئا معه)) .

أما المشرع الجزائري فلم ينص على مثل هذا الحكم ويكون بذلك قد ترك حكم هذه الحالة للقواعد العامة الا أن الابراء قد يدخل عليه وصفا من أوصاف الالتزام أو يقيد بقيد معين لا يتحقق الابراء الا بتحقق الوصف أو احترام القيد الذي وضعه الدائن لتحقيق الابراء وعلى هذا نرى بأنه يتحتم علينا أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتعرض في المطلب الأول للابراء الموصوف ونخصص المطلب الثاني للحديث عن تقييد الابراء بشرط من الشروط .

المطلب الأول

الابـــراء الموصـوف

يقصد بالابراء الموصوف الابراء الغير المطلق والذي يكون معلقا على شرط واقف وهذا ما تعرض له فقهاء الشريعة الاسلامية كما سنرى فيما بعد ، أما الشرط الفاسخ فلم تتعرض لهما دراسة هؤلاء الفقهاء ، ونحن نرى أن سبب ذلك يرجع الى كون الشرط الفاسخ لا يصلح لأن يعلق عليه الابراء لأن الشرط الفاسخ اذا تحقق زال معه التصرف وجميع الآثار المترتبة عليه وهكذا فاذا ماكان الابراء معلق على شرط فاسخ فان تحققه يزيل الابراء .

أما الابراء المضاف الى الأجل فيكون الابراء طبقا لهذا الوصف لا يتحقق الا في وقت معين كأن يقول الدائن للمدين سأبرئك في الصيف المقبل فهذا كذلك لا يتماشى مع طبيعة الابراء اذ أن المدين قد يتراخى أو يعتمد عدم الوفاء بالدين للدائن حتى يصل الأجل المحدد ويبرأ من الدين بدون مقابل .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 64 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

اذن فالوصف الذى يتصور أن يلحق الابراء هو الشرط الواقف وقد توسع فقهاء الشريعة الاسلامية عندما تكلموا في هذا الموضع فقالوا: اذا علق الابراء على شرط مثل أن يعلقه المسقط على أمر ممكن الحصول بأداة من أدوات التعليق كأن يقول الدائن لمدينه أسقطت ديني عنك اذا جاء فلان غدا أو كأن يقول ان مت فقد أسقطت ديني الذى لي عندك أو قوله اذا أعطيت الدين لشريكي فقد أسقطته عنك أو يقول ان بعت دارك لفلان بألف فقط فقد أسقطت ديني عنك وكان قد باع داره لفلان بألف فعلا (1) .

اذن فمن خلال الأمثلة السابقة نستطيع أن نقول أن تعليق الابراء اما أن يكون على شرط واما أن يكون على الموت واما أن يكون على أمر كائن أى قد حصل، الاّ أن هذه الحالات الثلاث نعتبرها تدخل كما ذكرنا من قبل تحت ما يسمى بالشرط الواقف وان كان الفقهاء قد فرقوا بين الحالات الثلاث ورتبوا على كل واحدة منهم آثار معينة فقالوا اذا كان التعليق على الشرط وكان التصرف اسقاط من كل وجه كالطلاق صح التعليق أما اذا كان اسقاط يتضمن معنى التمليك وهو الابراء فهناك حالتين الحالة الأولى يكون فيها الشرط ملائما كأن يقول الدائن لمدينه ان أديت لي كذا من الدين فقد أسقطت عنك الباقي ، والحالة الثانية ويكون فيها الشرط غيرملائم كقول الدائن لمدينه ان جاء فلان غدا فقد أسقطت ديني عنك وفي كلتا الحالتين لا يصح الابراء لأن التصرف الاسقاطي غير صحيح ولا يترتب عليه أثره لأن اسقاط الدين تمليك من وجه ولهذا فهو يرتدّ بالرّد ونظرا لهذا اعتبربالتمليك والتمليك كما هو معروف لا يصح تعليقه كالبيع والهبة فاسقاط الدين لا يصح تعليقه اذن ففساد الابراء بالتعليق انما يكون في الابراء الذى يعد تمليكا كالابراء من الدين (2) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى في فقه القانون المدني الفرنسي الفقهاء بودرى ولاكنترى ولجارد فقرة : 1767 ص: 88 المرجع السابق حيث يقول: ان الابراء قد يكون معلقا على شرط .

(2) جاء في الفتاوى الأنقروية : 02 ص: 237 مايلي: وان أبرأه من نصفه على أن يعطيه مابقي غدا أن أدى الباقي أولا ولوعلق أى قال ان أديت الي كذا فأنت برئ من الباقي ولا يصح لأن الابراء المعلق تعليقا صريحا لا يصح فان الابراء فيه معنى التمليك ومعنى الاسقاط فالاسقاط لا ينافي تعلقه بالشرط والتمليك ينافيه فراعينا المعنيين وقلنا ان كان التعليق صريحا لا يصح وان لم يكن صريحا كما في المسألة المذكورة يصح .

أشار الى هذا المعنى الأستاذ الدكتورعبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 68 هامش رقم 01 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الذى يعد من قبيل الاسقاط كالابراء من الكفالة أو الحوالة فيصح تعليقه بالشرط الملائم فاذا قال الدائن للكفيل ان وافيتني بالدين غدا فأنت برئ من الكفالة فوافاه في الغد برأ منها أى من الكفالة والى هذا ذهب بعض الحنفية اذ أن الابراء في هذه الحالة اسقاط محض .

غير أن بعض الحنفية يذهبون الى القول بأن مسألة تعليق الابراء بالشرط يعتبر تعليقا فاسدا الا اذا كان الشرط متعارفا ففي هذه الحالة يصبح تعليقه صحيحا وهذا الرأى فيه تقييد للرأى القائل بأن الابراء يبطل تعليقه بالشرط (1) .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن الابراء بوصفه تصرف اسقاطي يتضمن معنى التمليك لا يصح تعليقه على الشرط كما أسلفنا من قبل غير أنه اذا كان الشرط متعارفا وكما يرى الحنفية في ذلك فان الابراء يكون صحيحا بالشرط ويتنج آثاره مثل أن تقول المطلقة لمطلقها الذى لازال مهرها دينا في ذمته تزوجني فان تزوجها سقط المهر عنه وان لم يتزوجها لا يسقط من ذمته (2) .

أما اذا كان التعليق على الموت مثل أن يقول الدائن لمدينه ان مت فقد أبرأتك من ديني أو فقد اسقطت ديني عنك فهذا التصرف الاسقاطي صحيح ويعتبر وصية ولو كان لوارث الا أنه اذا كان الابراء لوارث يكون موقوفا على اجازة الورثة وهذا عند جمهور الفقهاء وهو ما جنح اليه المشرع الجزائرى في قانون الأسرة حيث نصت المادة : 189 من هذا القانون على مايلي:

((لا وصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي))

أما اذا كان التعليق على أمر كائن صح الابراء بصفته تصرفا اسقاطيا لأنه تعليق في تصويره وهو تنجيز في الحقيقة (3) ولو قال الدائن لمدينه أبرأتك من دين ان جاء فلان أو اسقطت عنك ديني ان جاء فلان وكان فلان قد جاء صح الاسقاط

---

(1) أنظر في هذا المعنى البحر الرائق لابن نجيم ج 07 المرجع السابق ص: 310، 322 وانظر الفتاوى الهندية ج 02 ص: 85 .

(2) أنظر في هذا المعنى البحر الرائق المرجع السابق ج 07 وفي نفس المكان .

(3) أنظر في هذا المعنى الفتاوى الأنقروية المرجع السابق ج 02 ص: 106 وقد جاء فيها على الخصوص مايلي:

ان تعليق الابراء بأمر كائن تنجيز وتعليق البيع بأمر كائن انما يكون تنجيزا أو بيعا اذا كان البائع يعلم به والا فلا .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وترتب عليه أثـره وكما ذكرنا من قبل لقد ورد في القانون المدني العراقي نص صريح يجيز تعليق الابراء مخالفا بذلك جمهور الفقه الاسلامي فقد جاء في المادة : 423 من هـذا التقنين مايلي :

((يصح تعليق الابراء فان علق الدائن ابـراء مدينه من بعض الدين شـرط أداء البعض الآخر وأداه المدين برأ وان لم يؤده فلا تبرأ ويبقى عليه الدين كله)) .

ولا يوجد نص مقابل له في القانون المدني الجزائرى ولا في القانون المدني المصرى والقوانين العربية الأخرى التي حدت حدوه الاّ أن هذا الحكم نرى بأنه قريب من فـرض الصلح مع المفلس فنيـة التبرع عند الدائن المتصالح مع المفلس غير واضحة اذ أن الدائن أبـرأ المدين من بعض الدين ليضمن استيفاء البعض الآخر وعليه فنحن نعتقـد بـأنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق أحكام القواعد العامة الخاصة بالشرط الواقف كـأن يكـون التعليق موقوفا على شرط ممكن الوقوع وغير متعلق باحدى الارادتين .

المطلب الثاني
الابـراء المقيـد بالشـرط

لكي يتحقق الابراء في هذا الفرض فلا بد من تطبيق الشرط المقيد بـه الابـراء ولم يتعرض المشرع الجزائرى للابـراء المقيد بالشرط وهذا تماشيا منه مع المشرع المصرى والتشريعات العربية الأخرى التي حدت حدوه ، ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية أن حكـم هذا الابراء يختلف باختلاف الشرط المقيد به اذ قد يكون صحيحا أو فاسدا أو باطـلا ولكل حالة لها حكم خاص بها نوضحه فيما يلي :

1) اذا كان شرط التقييد صحيحا وهو ماكان ملائما لمقتضى العقد صح ووجـب العمل به فمثلا اذا قال الدائن للمدين أنت برئ من خمسين من المائة دينار التي لـي عندك على أن تؤدى الباقي غدا أو بعد أسبـوع فان أدى اليه المدين الخمسين دينـارا الباقية في الوقت المحدد برأ من الباقي وان لم يؤد عاد اليه الدين بتمامه .

2) اذا كان شرط التقييـد فاسدا وهو ماكان مخالفا لمقتضى العقد ولكنه اشتمـل على فائدة لأحـد المتعاقدين فان الشرط يلغى ويصح الابراء مثل لو أن الدائـن لـم يعين وقتا محددا للابـراء في المثال السابق .

3) اذا كـان شـرط التقييـد باطـلا وهـو ما يكون مخـالفا لمقتضى العقـد وخـلا مـن فائـدة لأى طـرف من أطـراف العقد فان الشـرط في هذه الحالة يلغـى

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أيضا ويصح الابـراء (1) .

اذ ن فهناك اختلاف في حكم الابراء المقيد بالشرط ويعود سبب هذا الخلاف الى العلـة التي تعود لكل نوع من أنواع الشرط .

فبالنسبـة للحالة الأولى يعود سبب صحة الابراء والشرط معا الى أن هـذا الأخير أى الشرط اذا كان ملائما لمقتضى العقد لم يكن ثم مخالفة بين موجبه وموجب العقد الذى وضع العقد لإفادته بحكم الشارع ومتى انتفت المخالفة صح الشرط ووجب العمل به لأن الموجب لها والشرط انما هو مخالفته لمقتضى العقد شرعا وقد انتفت هناه أما وجـه صحة الابراء وفساد الشرط في الحالة الثانية فيعود لماهو مقرر في الفقـه الحنفي من أن الشرط اذا كان مخالفا لمقتضى العقد ولم يكن العقد المقيد به من عقـود المعارضات المالية كان الشرط لاغيا والقيد الذى قيد بـه صحيحا .

أما في الحالة الثالثة وهو بطلان الشرط فانه يلغى ويصح الابراء ويترتب على ذلك أنه اذا قبل المدين الابراء في البعض بالشرط المذكور برئ منه سواء أدى البـاقي أم لا وبالتالي يلغى الشرط ويصح الابراء اذا كان الشرط باطلا (2) .

كان كل هذا خاص بما يتعلق بالابراء المعلق على الشرط والمقيد به وهـذا حسب أحكام الفقه الاسلامي في ذلك ، ونحن نرى أن هذه الأحكام لا تتعارض مع أحكـام القانون الوضعي بل يجب تطبيقها في كل حالة لم يتعرض لها القانون المدني باعتبـار الشريعة الاسلامية هي المصدر الثاني للقضاء الجزائرى وهذا بحكم المادة الأولى الفقـرة الثانية من أحكام القانون المدني الجزائرى .

المبحـث الرابـع

صيغـة الابـراء وطريقـة اثبـاته

المطلـب الأول

صيغـة الابـراء

يقصـد بالصيغـة في اللغـة العمـل والتقـدير ويقـال صيغـة القول كـذا

---

(1) أنظر في هذا المعنى حاشية ابن عابدين ج 04 المرجع السابق ص: 500، 501 .
وانظر أيضا حاشية الحموى على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج 02 المرجع السابق ص: 45 .
(2) أنظر في هذا المعنى الفتاوى الهندية ج 04 المرجع السابق ص: 385 .
أنظر أيضا المعاملات في الشريعة الاسلامية لأحمد أبو الفتح المرجع السابق ج 01 ص: 234 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أي مشاله وصورته (1) .

أما في الاصطلاح فان صيغة التصرف هي ما يمكن أن يوجد بها ذلك التصرف في الخارج وتتم فيه حقيقته ولولاها أي الصيغة ما وجد ، اذا فالصيغة هي التي يعبر بها عن ارادة المتصرف أو المتعاقد وتبين المراد به وتظهره اذا كان قبل التعبير عنه امرا لاوجود له اذ هو شيء باطني لا يعرف عنه شيئا ويقال صيغة العقد هي مابه يكون العقد من قول واشارة وكتابة أو فعل وهذا كله يعتبر تعبيرا عن الارادة وكشفا عن الكلام النفسي (2) .

وصيغة الابراء طبقا للقواعد العامة ما به يتم الابراء من قول وما يقوم به مقامه وعليه فالابراء يكون بكل لفظ يدل عليه كأبرأت وأسقطت وأنت بريء إما بصيغة أبرأك الله فلا يصح بها الابراء اذ الحق له لا لله سبحانه وتعالى وصيغة الابراء لا تختلف في فقه القانون الوضعي عما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية (3)

وعلى هذا فسنتعرض في هذا المطلب الى نقطتين أساسيتين النقطة الأولى وتتعلق بالصيغ المختلفة التي يمكن أن يرد بها الابراء سواء في الشريعة الاسلامية أو في القوانين المدنية .

أما النقطة الثانية فسنتعرض فيها الى حكم السكوت كصيغة للابراء في الشريعة الاسلامية والقانون المدني أيضا .

الفـــرع الأول

الصيغ المختلفة للابـــراء

للابراء صيغ مختلفة يمكن أن يستفاد منها أنها تفيد الابراء فاذا قال المبرئ لاحق لي قبل فلان مثلا فهذا يشمل جميع الحقوق كالثمن والأجرة والغصب والمهر الخ أي أن هذه العبارة تشمل الأمانات والمضمونات .

كما يصح الابراء اذا قال المبرئ فلان بريء ممالي عليه من الحقوق صح الابراء وحرف على تستعمل في الديون ولا تشمل الأمانات .

أما اذا قال المبرئ لاشيء لي عند فلان أو لاشيء لي مع فلان فهذا يختص

---

(1) أنظر في هذا المعنى المصباح المنير المرجع السابق فصل الصاد والواو.

(2) أنظر في هذا المعنى مقال للمرحوم الشيخ ابراهيم لمجلة القانون والاقتصاد تحت عنوان: العقود والشرط والخيارات السنة الرابعة العدد السادس لسنة : 1934 ص: 02

(3) أنظر في هذا المعنى الوسيط للدكتور السنهوري ج 3 المرجع السابق فقرة 576 ص 962 أنظر أيضا موجز أصول الالتزامات لسليمان مرقس المرجع السابق فقرة: 887 ص 939 .

*(4) أنظر في هذا المعنى شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ السعيد المحاسني ج 03

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بالأمانات لأن كلمة عند ومع تستعمل عادة في الأمانات ولا تشمل الغصب والدين(1) .

ولو قال الدائن لمدينه تركت ديني عليك أو حقي فان هذا يكون ابراء كذلك لو قال لا خصومة لي عليك فانه يبرأ ، أما لو قال لمدينه تركت ديني عليك أو تركت حقي عليك فانه يكون ابراء ولو قال الدائن تركت حقي من الميراث أو برئت منه أو من حصتي لا يصح ويبقى حقه قائما لأن الارث جبرى ولا يصح تركه (2) .

ولو قال الدائن لا يلزم لي قبل فلان شيئ مطلوب منه فهذا اقرار بفراغ ذمة ذلك الشخص ولو قال أيضا كل شيئ كان لي عليك وجدته فهو اقرار استيفاء الدائن لحقه اذ أضافه اليه ولو قال أحلتك لأمر الله أو تركتك الى الله فكلاهما ابراء ولو قال مادمت حيا لا دعوى لي معك يكون ابراء لأنه اسقاط والاسقاط لا يتوقف .

هذا وقد اتفقت الروايات في المذهب الحنفي على أن المدعي لو قال لا دعوى لي قبل فلان يصح حتى لا تسمع دعواه في حق حادث بعد البراءة (4)

ولما كان الابراء يعتبر من قبيل ايجاب يحق للغرماء أى للمدينين وايجاب الحقوق كما هو معروف لا يجوز الا لأشخاص بأعيانهم وعلى هذا وجب أن يكون المبرأ معروفا فاذا قال مثلا جعلت غرمائي في حل لا يبرؤون أما لو قال جعلت غريمي في حل يبرأ لأنه معلوم .

أما اذا كان للميت ديون على الناس فقال واحد من الورثة برئت من تركة أبي يبرأ من الدين بقدر حقه من التركة لأن هذا ابراء عن الغريم بقدر حقه فتصح ، أما لو كانت التركة عينا فلا يصح وهناك من الصيغ ما يمكننا أن تثور حولها بعض الشكوك في كونها هل هي تنفيذ الابراء أم لا ومنها مثلا اذا قال الدائن لا شغل لي مع فلان فلا يكون ابراء ولو قال لمدينه ليس لي معه حسابا في الدنيا بل في الآخرة أو قال لا حساب لي معك لا يكون ابراء (5)

---

* ص: 104 أشار الى هذا المرجع الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 59 هامش رقم 01 .

(1) أنظر في هذا المعنى شرح مجلة الأحكام العدلية للسعيد المحاسني المرجع السابق ج 03 ص: 124 .

(2) أنظر في هذا المعنى جامع الفصولين ج 02 ص: 214 الطبعة الأولى .

(3) أنظر في هذا المعنى الفتاوى الأنقروية ج 02 ص: 109 .

(4) أنظر في هذا المعنى الفتاوى الأنقروية المرجع السابق : ج 02 ص: 105

(5) أنظر في هذا المعنى الفتاوى الأنقروية المرجع السابق وفي نفس الموضع .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واذا قيل لصاحب الدين أتبرك من هذا المبلغ قدرا فقال تركت فانه يكون اسقاط واذا قال الدائن لمدينه أبرأتك من هذه العين كان الابراء غير صحيح أما اذا قال الدائن هو بريء مما لي عنده صح ابراؤه فعدم صحة الابراء الأول يكون انشاء ولأن العين لا تقبل الابراء أو الاسقاط ، أما الابراء الثاني فهو صحيح لأنه اخبار عن ثبوت البراءة بسبب صالح وهو النفي من الأصل أو ردّ العين الى صاحبها أما لو قال الدائن تركت الدين الذى عليك لي لا يكون ابراء أذ قد تحمل هذه الصيغة ترك الطلب في الحال ويمكن مطالبته فيما بعد وكما سبق وأن ذكرنا من قبل فان الشخص لو قال تركت حقي في الميراث أو برئت منه أو من حصتي في التركة فهذا لا يصح ويبقي على حقه لأن الميراث جبرى ولا يصح تركه .

ونخلص من كل ما تقدم أن المستفاد من أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية في صيغة الابراء أنهم أعطوا لكل لفظ فحوى خاصا به واتفقوا على أن الابراء يكون بكل لفظ يدل عليه وقد توسعوا كما بينا في الاتيان ببعض العبارات الدالة على صيغة الابراء فكشف عن مدى العمق والسداد في التفكير والدقة العلمية مما لا نجده ربما في القانون الوضعي .

وكما أشرنا من قبل فان صيغة الابراء في القانون الوضعي لا تختلف عنها فيما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية وعليه فيمكن الرجوع الى هذه الصيغ المختلفة في الشريعة الاسلامية والاستئناس بها عند وقوع ابهام في صيغة من صيغ الابراء وخاصة اذا علمنا أن المادة : 60 من القانون المدني الجزائرى تنص على مايلي :

((التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أى شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا)) .

وما يمكن استخلاصه من حكم هذه المادة الجزائرية أن التعبير عن الارادة يكون بجميع الصيغ التي لا تترك أى مجال للشك في أن هذه الصيغ تدل دلالة واضحة على مقصود صاحبها سواء كان ذلك التعبير صريحا أو ضمنيا وهكذا يمكن اعتبار هذه الصيغ التي جاء بها حكم المادة : 60 من القانون المدني الجزائرى صيغا صالحة للتعبير بها عن الابراء اذا لم يكن هناك نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرع الثاني
السكوت كصيغة للابراء

قبل أن نشرع في الكلام عن السكوت كصيغة للابراء نقول بأن فكرة السكوت كصيغة للتعبير عن الارادة بصفة عامة قد شغلت فقهاء القانون الحديث وشغلت قبلهم فقهاء العرب والمسلمين وبنوا عليها نتائج عملية وفرقوا في ذلك بين السكوت كصيغة للايجاب والسكوت كصيغة للقبول وقالوا أن الايجاب عمل ايجابي يوجه الى الطرف الآخر فلا يمكن مطلقا أن ينتج السكوت لمجرد ايجاب وهو عمل سلبي محض أما بالنسبة للقبول وهو تعبير أيضا عن ارادة ولا يكون في الأصل ناتجا من السكوت على أن لهذا الأصل فيما يخص القبول استثناءات في الأحوال التي يستبات منها وعلى ضوء ظروفها وقرائنها الملابسة لها أن السكوت معناه قبول لشيء كان يجب رفضه أو كان يجب الاعتراض عليه ففي هذه الأحوال يكون السكوت معبرا عن ارادة صاحبه ويكون بمنزلة القبول وهذا هو الرأى السائد اليوم في القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري واجتهاد الفقه والقضاء هذا فيما يتعلق بالسكوت كصيغة صالحة للتعبير عن الارادة ، أما فيما يتعلق بالسكوت كوسيلة معبرة عن الارادة فيما يختص بالابراء فيثور في هذا الصدد التساؤل التالي والمتمثل فيما اذا كان سكوت المدين عند ابراء الدائن له يعتبر قبولا للابراء أم لا ؟ وللجواب على هذا التساؤل نرى بأنه يتعين علينا بأنه لابد لنا من أن نتعرض لحكم السكوت في الابراء في ظل كل من الشريعة الاسلامية والقانون المدني .

1) في الشريعة الاسلامية

لقد سبق لنا وأن ذكرنا من قبل وأن السكوت في الشريعة الاسلامية لا يعتبر دليلا على الرضا وبالتالي لا يصح أن يكون أداة من أدوات التعبير وقد اشتهر في هذا الصدد لدى فقهاء الشريعة الاسلامية قولهم لا ينسب لساكت قول، ولسبب هذه القاعدة فان السكوت محتمل والمحتمل في الواقع لا يكون حجة يسند اليه ولكن الفقه الاسلامي قد جنح الى الخروج على هذا المبدأ فاعتبر السكوت دليلا على الرضا ويكون هذا كما ذكرنا من قبل اذا أحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله يدل على ذلك كالتصرف الذى يقوم به الأب عند قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة فجعل سكوتها رضا يقبض الأب فكان مأذونا بالقبض من جهتها دلالة على رضائها وهذا ما نصت عليه أحكام المادة : 67 من مجلة الأحكام العدلية بقولها:

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((لا ينسب لساكت قول (1) لكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان))

كما نص المشرع العراقي في تقنينه المدني على هذا المبدأ في المادة 81 منه حيث جاء فيها مايلي:

((لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان))

وتأسيسا على كل ما تقدم نستطيع أن نقول أنه وطبقا لفقه الشريعة الاسلامية اذا أبرأ الدائن مدينه فسكت حتى انتهى المجلس ثم ردّ الابراء بعد المجلس فلا يؤخذ ردّه بعين الاعتبار(2) .

ولقد جاء عند بعض فقهاء الشريعة الاسلامية قولهم : لا تتوقف صحة الابراء على قبول المدين بل يبرأ لو سكت بدون قبول ولا ردّه اذا ردّه قبل القبول ارتدّ ويرجع عليه الدين بالحالة التي كان متصفا بها من قبل من حلول وتأجيل أو تسقيط أما اذا ردّه بعد القبول فلا يرتدّ لأن الابراء اسقاط والساقط لا يعود .

وهذا ما نصت عليه المادة : 1568 من مجلة الأحكام العدلية بقولها:((إذا سكت المدين عند ابراء الدائن له ولم يعترض على ذلك فان هذا يعتبر قبولا للابراء حتى لو أراد بعد مجلس الابراء أن يرفض لم يكن له ذلك (3)

2) في القانون المدني

لقد ذكرنا فيما سبق ذكره بأنه لا يتصور في القانون المدني أن يكون مجرد

---

(1) أنظر في هذا المعنى الاشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعية ص: 142 وقد ذكر أن هذه العبارة أى لا ينسب لساكت قول هي للشافعي .

وانظر المبسوط للسرخيسي طبعة 1331هـ حيث جاء فيه على الخصوص مايلي:

ان سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه محتمل قد يكون بطريق الرضا وقد يكون بطريق التهاون وقلة الالتفات الى تصرف الفضولي وقد يكون بطريق التعجب ، لماذا يفعل هذا في ملكه بغير أمره ؟ والى ماذا تؤول عاقبة فعله؟ والمحتمل لا يكون حجة .

المبسوط للسرخيسي المرجع السابق ج 02 ص: 140 أشار الى هذا المرجع الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 62 هامش رقم 01 .

أنظر البدائع للكساني ج 05 ص: 203 .

(2) أنظر في هذا المعنى كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية لأحمد أبو الفتح ج 1 ص 123

(3) أنظر في كل ما تقدم الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 63 هامش رقم:

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

السكوت ايجابا لأنه عدم (1) والعدم لا ينهي بشيء ولهذا فاننا نستبعد مسألة سكوت الدائن في الابراء واعتباره ايجابا منتجا لآثاره وعلى هذا فالتساؤل يثور حول ما اذا كان يجوز اعتبار السكوت قبولا للابراء في بعض الأحيان .

الأصل وكما ذكرنا من قبل أن السكوت بوجه عام مجرد عن أي ظرف ملابس لا يكون معبرا عن الارادة حتى ولو كان قبولا لأن الارادة عمل ايجابي والسكوت أمر سلبي وهذا يتفق مع ما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية ، كما أن السكوت لا يعتبر ارادة ضمنية لأن الضمنية تستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها أما السكوت فهو العدم (2) .

اذن فهناك فرق ما بين التعبير الضمني بحسب الأحوال ايجابا أو قبولا أما السكوت وكما أشرنا من قبل فمن الممتنع على وجه الاطلاق أن يتضمن ايجابا وانما يجوز في الفروض الاستثنائية قبولا (3) .

وقد اعتبر المشرع الجزائري السكوت صالحا للتعبير عن القبول في بعض الحالات التي سنوردها فيما يلي:

اذا كان من المقرر أصلا أن السكوت بوجه عام لا يكون تعبيرا عن الارادة الا أن هذا الأصل أورد عليه المشرع الجزائري استثناءات بعدما وجدت في القضاء

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط ج 01 ص: 121 طبعة : 1952 .

وانظر أيضا المبادئ القانونية العامة للدكتور أنور سلطان المرجع السابق ص 219، 220 .

وانظر أيضا رسالة بالفرنسية من جامعة استرابورج تحت عنوان السكوت وتكوين العقد :

le silence et la formation du contrat
marie jose litmann P.33

(2) أنظر الأستاذ الدكتور أنور سلطان المرجع السابق في نفس الموضع .

وانظر أيضا الأستاذ الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 24 .

(3) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 3 ص: 57 .

وانظر أيضا رسالة بالفرنسية من جامعة ايمون لسنة 1912 لصاحبها الأستاذ جان بارولت Jean Baroult تحت عنوان :

ESSAI SUR LE ROLE DU SILENCE CREATEUR D'OBLIGATIONS.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفرنسي والقضاء المصرى ثم نص عليها المشرع المصرى في المادة : 98 من القانون المدني الجديد وتبعه في ذلك المشرع الجزائرى حيث نص على هذه الاستثناءات في المادة : 68 والتي تقابل المادة المصرية المذكورة أعلاه وهي مطابقة لها تمام الانطباق وقد جاء في هذه المادة مايلي:

1) اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب .

2) ويعتبر السكوت عن الرّد قبولا اذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو اذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه فالسكوت في القانون المدني يعتبر قبولا اذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تجعله يدل على الرضا وهذه الظروف نستطيع استخلاصها من المادة : 68 من القانون المدني الجزائرى وهذا في الأمثلة الآتية :

1) اذا كانت طبيعة المعاملة تقضي باعتبار السكوت قبولا كما اذا أرسل التاجر بضاعة لمن طلبها ووضع في الفاتورة شروط غير عادية ولم يبادر المشترى برفضها اشتراط الوفاء بالثمن في موطن البائع خلافا للقاعدة العامة .

2) اذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضا كما اذا أرسل المصرف بيانا لعملية عن حسابه في المصرف وذكر بأن عدم الاعتراض على هذا البيان يعتبر اقرارا له .

3) اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين مثل التاجر الذى اعتاد ارسال البضاعة الى عميل له دون أن ينتظر ردّا فيعتبر سكوت العميل قبولا .

4) اذا كان الايجاب لمنفعة من وجه اليه وسكت هذا الأخير فان سكوته

---

1) أنظر في هذا المعنى الدكتور السنهورى في كتابه الوسيط ج 1 ص 223 طبعة 1952 .
أنظر أيضا سليمان مرقس في موجز أصول الالتزامات طبعة 1961 فقرة : 59ص: 61 ، 62 .
أنور سلطان النظرية العامة للالتزام ج 01 ص: 1/6 .
وانظر أيضا أنو سلطان المبادئ القانونية العامة المرجع السابق ص: 220 .
أنظر أيضا عبد المنعم فرج الصدة النظرية العامة للالتزام فقرة : 71 ص: 83، 84 .
عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزام فقرة : 126 ص: 175 ، 176 .
شمس الدين الوكيل دروس في العقد وأحكام الالتزام طبعة 1965 ص: 58، 59 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يعتبر رضاء كعارية استعمال تعرض على المستعير أو ابراء الدائن لمدينه فان هذا السكوت يعتبر قبولا (1) .

ونخلص من كل ما تقدم الى القول بأن القانون المدني الجزائرى وتماشيا منه مع القانون المدني المصرى والقضاء في فرنسا لا يختلف في مضمونه عما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية في موضوع السكوت ، فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضا فهو سكوت ملابس أو موصوف يعتبر قبولا فمثلا اذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فان سكوته يعتبر اجازة أو كالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير اذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته اقرارا بالبيع اذ أن الساكت هنا كان سكوته في معرض الحاجة الى كلام وهذا ما عبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية بقولهم: ((السكوت في معرض الحاجة بيان)) .

ويتضح لنا من كل ما ذكرناه أن حكم سكوت المدين عند ابراء الدائن له واذا لم يقم برفض الابراء فان سكوته يعتبر قبولا للابراء وغني عن البيان عن ارادة مبتدأة ومن ذلك لا يتصور أن يعبر عن الايجاب بالسكوت ولا عن التصرف الانفرادى كالابراء والاسقاطات اذ أن الاسقاطات هي أيضا لا تحتاج الى قبول بل ترتد بالرد وكذلك بالنسبة للوقف لمصلحة رجل معين فسكوته يعتبر قبولا .

المطلب الثاني
طريقة اثبات الابراء

رأينا فيما سبق أن الابراء لا يخضع لأى شكل خاص ومع ذلك فان المدين الذى يدعي أن دائنه أبرأه من الدين يقع عليه عبء اثبات هذا الابراء وتسرى في ذلك القواعد العامة في الاثبات شأنه في ذلك شأن التصرفات القانونية الأخرى الا أن المشرع الفرنسي قد أفرد نصين قانونيين يقومان كقرينة قانونية على الابراء وقد تبعه في ذلك المشرع اللبناني والمشرع الجزائرى في ذلك وجعلا كل منهما قرينة قانونية على الابراء وعليه فسنتعرض لاثبات الابراء في فرعين .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد لبيب شنب في كتابه مصادر الالتزام في القانون اللبناني فقرة : 70 . 71 ص: 91 ، 94 .
أنظر أيضا الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى المرجع السابق ص: 25 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الأول
اثبات الابراء في القانون المدني الفرنسي

لقد اشتمل التقنين المدني الفرنسي فيما يخص الابراء من الالتزام على نصين أولهما هو نص المادة : 1282 التي تقضي ((بأن تسليم الدائن السند الأصلي العرفي تسليما اختياريا الى المدين يستدل به على تخايص المدين من الدين)) ويعتبر الفقه الفرنسي هذه القرينة القانونية قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس وهي قرينة اما على الوفاء واما على الابراء (1) .

وكما سبق وأن أشرنا من قبل فان عبء اثبات الابراء في الواقع يقع على المدين فعليه أن يثبت أن الدائن قد أبرأه من الدين وأن يثبت واقعة تسليم سند الدين له من الدين وهي واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات .

أما ثاني النصين فهي المادة : 1283 من التقنين المدني الفرنسي التي تنص على مايلي :

((ان التسليم الاختياري للصورة الواجبة التنفيذ من السند الرسمي (2) يكون قرينة اما على الوفاء واما على الابراء الاّ اذا قام دليل على عكس ذلك)) .

فالقرينة القانونية الواردة بهذا النص تعتبر قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس وهذا بصريح النص وبمناسبة هاتين القرينتين يسهب الفقه الفرنسي فيما يسميه بالابراء الضمني . (3)

والابراء الذى يتم فيما بين الأحياء في القانون المدني الفرنسي يخضع للقواعد العامة في الاثبات بالنسبة للاتفاقات فيثبت بالكتابة فيما زاد عن خمسة الآف فرنك فرنسي المادة : 1341 من القانون المدني الفرنسي ويجوز الاثبات فيما عدا ذلك بشهادة الشهود وبالقرائن القانونية وأخيرا يجب أن يصدر الابراء عن سند الدين من المدين

---

(1) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان في الالتزامات ج 07 المرجع السابق فقرة : 130

(2) الصورة التنفيذية هي صورة الحكم أو العقد الرّسمي ممهورة بالصيغة التنفيذية وهي التي يجرى التنفيذ بموجبها المادتان 320 . 322 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرى .

(3) أنظر في هذا المعنى موسوعة داللوز ج 04 ص: 516 .

وانظر أيضا جوسران في كتابه الالتزامات ج 02 فقرة 955 ص: 505 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

نفسه أو من شخص ينوب عنه ويسلم سند الدين للمدين أو من يمثله قانونا (1) .

أما القوانين الأخرى التي حدت حدو المشرع الفرنسي في اثبات الابراء فنجد أن المشرع المصري في القانون المدني المصري القديم في المادتين : 219، 220 من ذلك التقنين ما توصل اليه المشرع الفرنسي فجاء في المادة : 219 من ذلك القانون مايلي :

((ان اثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده وصورته الواجبة التنفيذ الى المدين)) .

أما المادة : 220 فتنص على أنه :

((يجوز للدائن أن يثبت بالبينة ان وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخليصه من الدين)) .

وهكذا كان تسليم الدائن للمدين سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ يعتبر قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس على براءة ذمة المدين .

كما أن قانون الموجبات والعقود اللبناني قد وضع قرينة قانونية على وقوع الابراء فنص في المادة : 240/ 2 .

((على أن التسليم الاختياري للسند الأصلي الذي كان في حوزة الدائن يقرر معه حصول الابراء الا أن يثبت العكس)) .

اذن فان تسليم السند للمدين بإختيار الدائن يستفاد منه في القانون المدني اللبناني براءة المدين ما لم يثبت الدائن أن تسليم السند كان لسبب آخر ، وكما سبق وأن ذكرنا من قبل فان السند كما يمكن أن يكون قرينة على الابراء يمكن أن يكون قرينة على الوفاء أيضا (2) .

الفرع الثاني

اثبات الابراء في القانون المدني الجزائري

الى جانب القواعد العامة الموجودة في الاثبات والتي يمكن تطبيقها عند اثبات

---

(1) أنظر موسوعة د اللوزج 04 المرجع السابق ص: 517 .
أنظر الأستاذ كاربونيه المجلد الأول في الالتزامات فقرة : 220 ص 777.

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي في كتابه شرح القانون المدني المصري واللبناني ج 02 فقرة 196 طبعة 1968 ومما جاء فيه مايلي :

وعلى كل حال فان القرينة الواردة في المادة : 140/ 2 موجبات هي قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس من جانب الدائن هذا الى أنها لا تقوم الا حيث يكون تسليم المدين السند قد تم باختيار الدائن .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الابراء نجد أن المشرع الجزائري قد نص على أحكام خاصة لاثبات الابراء وهذا من خلال نص المادة : 332 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي :

((التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن حتى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج من حيازته وبذلك يكون الحكم اذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين)) .

وهكذا يتضح من هذا النص بأنه يقيم كقرينة قانونية لاثبات التخلص من الدين عن طريق الابراء واما عن طريق المخالصة أي الوفاء وتستنتج هذه القرينة من التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين ولكن هذه القرينة القانونية هي قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس أي أن الدائن يستطيع أن يثبت وانما كان التسليم لسبب آخر غير تخليصه من الدين هذا ما لم يخرج السند من يده أي يد الدائن قط وهذا بصريح النص (1) .

وللمدين طبقا للقانون المدني الجزائري قرينة أخرى نصت عليها الفقرة الثانية المادة : 332 ق م ج تفيد بأن المدين يستطيع أن يتخلص من الدين اما بالابراء بالمخالصة واكنها قرينة بسيطة أيضا تقبل اثبات العكس اذ أن المدين لا يستفيد من هذه القرينة القانونية الا اذا كان هناك ما يثبت بأن الدائن قد قام بابراء المدين وهذا باثبات خطه حتى ولو كان غير موقعة منه ما دامت النتيجة أو ورقة المخالصة في يد المدين ، وهكذا يكون المشرع الجزائري قد وضع قواعد خاصة لاثبات الابراء وهو اثبات ضمني وهذا من خلال النص القانوني الذي سبق لنا وأن ذكرناه .

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في جعل اثبات الابراء كقرينة قانونية ولكنهما يختلفان في كون المشرع الفرنسي قد جعل احدى القرينتين وحسب ما يراه الفقه الفرنسي قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس بينما المشرع الجزائري قد ساير المشرع اللبناني في كون هذا الأخير قد وضع قرينة قانونية بسيطة تقبل اثبات العكس في اثبات الابراء ، أما المشرع المصري فقد كان في التقنين المدني

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط ج 3 للدكتور عبد الرزاق السنهوري فقرة : 580 ص: 971 وانظر أيضا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص 101 وانظر كذلك الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص 368 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القديم يشتمل على نصوص تقيم قرينة قانونية لاثبات التخلص من الدين ولكن التقنين المدني المصري الجديد لم يستبق هذه القرائن فنزل القرينة القانونية الى منزلة القرينة القضائية والى جانب هذه القواعد الخاصة باثبات الابراء طبقا للقانون المدني الجزائري فان هناك قواعد عامة يخضع لها الابراء ومنها حالة ما اذا كان مبلغ الابراء يزيد عن 1000 دينا فان الابراء في هذه الحالة يخضع للاثبات عن طريق الكتابة وهذا ما نصت عليه المادة : 333 ق.م.ج .

ويجوز الابراء فيما عدا ذلك بشهادة الشهود وبالقرائن القانونية الأخرى وبعبارة أخرى فان اثباته يخضع للقواعد العامة المعروفة في الاثبات .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني
أحكام الابراء

تمهيد

يقصد بالحكم في اللغة القضاء (1) .

أما عند علماء الشريعة الاسلامية فيطلق بثلاثة اطلاقات تختلف باختلاف الاعتبارات (2) ونورد ها فيما يلي :

1) يطلق ويراد به صفة التصرف الشرعية من حيث كونه مطلوب الفعل المكلف وبهذا الاعتبار يقسم الى فرض ومندوب وحرام ومكروه ومباح .

2) يطلق ويراد به صفة التصرف التي يتصف بها نتيجة لموافقته للطلب أو عدم موافقته له وهو الحكم الوضعي وفعل المكلف يتنوع بهذا الاعتبار الى صحيح وغير صحيح ونافذ وموقوف ولازم وغير لازم .

3) يطلق ويراد به الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما ثبت له من صفات بثبوت الملكية وعدم ثبوتها (3) وهذا هو المعنى الذي نقصده بكلمة حكم الابراء الذي في معناه العام أنه سبب من أسباب انقضاء الالتزام فاذا ما تحققت الشروط الواجب توافرها (4) لقيام الابراء ولم يرتد برد المدين له وقع الابراء صحيحا وانقضى بذلك الدين من ذمة المدين كما ينقضي بالوفاء وبرئت ذمته منه وهذا ما تقضي به المادة 305 ق . م . ج التي تقابلها المادة : 371 من القانون المدني المصري ويترتب على ذلك الابراء آثارا نستطيع أن نجملها في انقضاء الالتزام أو الدين انقضاءا كليا أو جزئيا وبصفة نهائية وهذا حسبما اتجهت اليه ارادة الدائن كما تقتضي مع الدين توابعه وما يضمنه من تأمينات عينية كالرهن الرسمي والرهن

---

(1) أنظر في هذا المعنى القاموس المحيط ج 04/ 98 نشر مؤسسة الحلبي وشركاؤه أشار اليه الدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني في كتابه الوكالة في الشريعة الاسلامية والقانون المرجع السابق ص: 232 هامش رقم 01 .

(2) أنظر في هذا المعنى الوكالة في الشريعة الاسلامية والقانون لمحمد رضا عبد الجبار عبد العاني المرجع السابق ص: 332 .

أنظر أيضا الميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي ص: 107 .

(3) أنظر في هذا المعنى الوكالة في الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني المرجع السابق ص: 232 .

(4) أنظر في هذا المعنى ما سبق من هذا الكتاب ص: 129 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحيازي والاختصاص والامتياز كما تسقط التأمينات الشخصية كالكفالة (1) .

وعلى هذا فسنتعرض لكل هذه المسائل في ثلاث مباحث تتناول في المبحث الأول آثار الابراء في الفقه الاسلامي ثم نتعرض في مبحث ثاني لانقضاء الالتزام في القانون المدني انقضاءا أصليا وانقضاء توابع الالتزام .

المبحث الأول

أحكام الابراء في الفقه الاسلامي

نقول بادئ ذي بدء أن أحكام الابراء في الفقه الاسلامي لاتختلف بصفة عامة عما هي عليه في القانون الوضعي كما سنرى فيما بعد وخاصة بالنسبة للقوانين العربية التي أخذت بالرأي الراجح في الفقه الاسلامي والمتعلق بمصدر الابراء الذي يكون بالارادة المنفردة وعلى هذا نقول اذا صدر الابراء صحيحا ومستوفيا لشروطه رتب عليه الفقه الاسلامي آثارا تشبه الى حدّ بعيد ما هو موجود في الفقه الوضعي كما سيأتي فيما بعد .

المطلب الأول

نظرة الفقه الاسلامي الى انقضاء الالتزام بالابراء

يرى فقهاء الشريعة الاسلامية بأنه اذا سقط الحق المبرأ منه سقطت معه جميع ضماناته سواء كانت ضمانات عينية أو ضمانات شخصية ، فمثلا اذا كان لشخص على آخر دين وأبرأه منه الدائن إبراءا صحيحا برئ المدين من الدين وسقط الدين موضوع الابراء وليس للدائن أن يطالبه بعد ذلك وعلى هذا المعنى نجد المادة : 224 من مرشد الحيران تنص على مايلي :

((من أبرأ شخصا من حق له عليه يصح الابراء عنه سقط من المبرأ ذلك الحق))

---

(1) أنظر في هذا المعنى مارتي ورينوج 2 المجلد الأول طبعة 1963 فقرة 853ص856 وانظر أيضا اليكسر فيل في الالتزامات فقرة 1063 ص: 978، 979 ومما جاء فيه على الخصوص مايلي :

la remis de dette entraine son extinction totalité ou en partie d'une façon définitive ou conditionnelle suivant la volonté du creancier .

les garanties et les accessoires suivant la sorte de dette.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كما نصت المادة : 236 من نفس الكتاب مرشد الحيران على مايلي : ((اذا اتصل بالصلح ابراء عام عن كافة الحقوق والدعاوى فلا تسمع على المبرأ دعوى في أى حق كان قبل الصلح وتسمع في الحق الحادث بعده)) .

كما نصت المادة : 1562 من مجلة الأحكام العدلية على مايلي : ((اذا أبرأ أحد آخر من حق فيسقط حقه بذلك وليس له دعوى بذلك الحق)) .

ودلالة هذه النصوص تشير الى أنه متى صدر الابراء ولم يردّ المدين ترتب عليه أثره وهو سقوط الدين عن ذمة المدين وسقوط ما يضمنه من تأمينات ويعلق الأستاذ السعيد المجاسني على نص المادة: 1562 المذكورة أعلاه بمايلي :

((ليس لورثة المبرئ اقامة الدعوى والبرهان وليس له أن يتمسك باقرار المدعى عليه لبطلان الاقرار بعد الابراء وتسمع دعاوى المبرأ بالوكالة والوصاية الاّ اذا كان الاقرار الى المدعى عليه صادرا بحق مالي معلوم فلا تسمع فيه الدعوى بالأصالة أو بالوكالة أو بالوصاية للتناقض (1) .

ولقد اختلف الفقهاء في نقطة أثر انقضاء الالتزام بالابراء أو بالوفاء أو بعبارة أخرى قالوا هل أن الابراء يؤدى الى سقوط أصل الدين عن ذمة المدين أم هو سقوط المطالبة فقط مع بقاء أصل الدين (2) .

وفي هذا الاطار نجد لفقهاء الشريعة الاسلامية أراء مختلفة نورد ها فيما يلي :

1) **مذهب الحنفية**

لقد ذهب الحنفية الى القول بأن أثر انقضاء الدين بالابراء أو بغيره من أسباب انقضاء الالتزام هو سقوط المطالبة لا أصل الدين وقد نتج عن هذا القول عدة مسائل نجملها فيما يلي :

أ — ان الدائن لو أبرأ المدين من الدين بعد قضائه اياه صح الابراء

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 216 هامش رقم 01 .

(2) هذا الخلاف يشبه ما ثار في فقه القانون الوضعي من كون الابراء من الالتزام يترتب عليه سقوط المسؤولية لا المديونية عند بعض الفقهاء والقول بسقوط المسؤولية والمديونية عند البعض الآخر .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويرجع الدين على الدائن بما دفعه اليه .

ب ـ لو كان الدين مضمونا برهن فهلك الشيء المرهون في يد المرتهن بعد قضاء الدين بالابراء أو بالوفاء خرج من ضمان المرتهن (1) .

2) **عند جمهور الفقهاء**

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا في قولهم الى أن انقضاء الالتزام بالابراء أو بالوفاء يترتب عليه سقوط المطالبة وسقوط أصل الدين وقالوا بأنه لم ينقل عن أبي حنيفة أو أحد أصحابه القول بسقوط المطالبة دون أصل الدين وكل ما هنالك أن المؤلفين في المذهب وجدوا بعض المسائل منها القول بصحة ابراء الدائن مدينه بعد قضاء الدين وقد ردّ جمهور الفقهاء على هذا بأن الابراء عبارة عن نزول الدائن عن حقه للمدين فيسوغ للمدين الرجوع عليه بما دفعه .

وأما بالنسبة لضمان الرهن بعد انقضاء الدين بالابراء أو بالوفاء فمرجعه الى أن المرتهن قد قبض ضمان فيبقى مضمونا عليه حتى ينتقض ذلك القبض وذلك برد المرهون الى صاحبه (2) .

ويبدو أن رأى جمهور الفقهاء هو الراجح اذ أن الابراء من الدين يترتب عليه سقوط كل من المطالبة وأصل الدين ومتى سقط الحق فليس للدائن أن يطالب به المدين بعد ذلك لأنه بالابراء قد تنازل عن حقه وأسقطه والساقط متلاشيا لا يعود .

وهذا ويلاحظ بأنه لا يلزم لسقوط المطالبة بعدم سماع الدعوى سقوط الحق موضوع الابراء (3)**لان الحق في الفقه الاسلامي** قديم لا يسقطه التقادم أو مرور الزمان فقد استدل الفقهاء على ذلك بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال:

---

(1) أنظر في هذا المعنى فتح القدير ج 04 المرجع السابق ص: 103 .
وانظر أيضا حاشية الحموى على الاشباه والنظائر ج 02 المرجع السابق ص: 43، 44 .
(2) أنظر في فقه المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 04 ص: 99 .
وانظر أيضا فقه الشافعية الاشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق ص: 187 .
وانظر كذلك في فقه الحنابلة كشاف القناع ج 02 ص: 477 .
(3) أنظر في هذا المعنى رد المختار لابن عابدين ج 04 المرجع السابق ص: 356 طبعة 1325 هـ ومما جاء فيه مايلي:
وأما الذى يسقط بالاسقاط فهو الحق في المطالبة أى عدم سماع الدعوى والادعاء بعد خمسة عشرة سنة .
أنظر أيضا حاشية الحموى على الاشباه والنظائر ج 01 المرجع السابق ص: 369 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم))

وتأسيسا على هذا فان الحقوق الثابتة لشخص على شيئ لا تزول بوضع يد الغير على هذا الشيئ وان طال الزمان (1) .

والدين بهذا المفهوم يبقى في ذمة المدين حتى يتم انقضاؤه بأحد الأسباب التي تؤدى الى هذا الانقضاء كالوفاء والابراء والمقاصة واذا كان الابراء عاما تدخل فيه جميع الحقوق حتى حق الشفعة فانه يسقط قضاءا لا ديانة لأن الشفعة لا تدخل في الابراء العام ديانة شأنها شأن الأعيان القائمة لأن الابراء عن الأعيان لا يصح وانما يصح الابراء من دعواها (2) فاذا افترق الزوج من زوجته وانتهت العلاقة الزوجية وأبرأ كل منهما ذمة الآخر ابراءا عاما وكان للزوج في أرض الزوجة زرع قائم فلا يدخل هذا الزرع تحت الابراء (3) .

أما اذا صدر الابراء خاصا مستوفيا لشروطه ترتب عليه أيضا أثره وهو سقوط الحق المبرأ منه ومادام قد سقط فلا يجوز المطالبة به بعد ذلك ولا يجوز الرجوع في الابراء ولا العدول عنه لأن الساقط لا يعود وهذا ما ذهب اليه الحنفية (4) والحنابلة (5) أما الشافعية فقد ذهبوا الى القول بأن الابراء اذا كان من أب لولده لم يصح الرجوع فيه على قول آخر مراعاة لمعنى التمليك ، وذهب بعض الشافعية الى القول بأنه ليس للمبرئ حق الرجوع من ابرائه في جميع الأحوال ، هذا والابراء الذى تترتب عليه آثاره هو الابراء عن الحق الموجود أما ما يحدث من الحقوق بعد ذلك فلا يتناوله

---

(1) أنظر في هذا المعنى كتاب المعاملات في في الشريعة الاسلامية لأحمد أبو الفتح المرجع السابق ص: 104 .

(2) أنظر في هذا المعنى ما سبق من هذا الكتاب ص: 75 وما بعدها .

(3) أنظر في هذا المعنى شرح مجلة الأحكام العدلية ج 3 ص 46 للأستاذ السعيد المحاسني

(4) أنظر فقه الحنفية تكملة ابن عابدين ج 02 ص: 347 طبعة الأميرية ببولاق .

وقد نصت المادة: 564 من مجلة الأحكام العدلية على مايلي: اذا أبرأ أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص، فيكون ابراءا خاصا ولا تسمع بعد دعواه التي تتعلق بذلك أما اذا أبرأ أحد خصمه من دعوى داره فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد الابراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالأرض والضياع وسائر الأمور .

وانظر أيضا أحمد ابراهيم في بحثه السابق التزام التبرعات ص: 24 .

(5) أنظر في فقه الحنابلة كشاف القناع ج 2 ص 478 المطبعة الشرقية : 1319 هـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الابراء اذ لا يصح عن الحق قبل لزومه أو عما لم يجب بعد .

وقد أسس الفقهاء على ذلك بأنه اذا ادعى المبرئ حقا وكانت دعواه بعد الابراء دون أن يؤرخ ثبوت الحق له فان الدعوى لا تسمع استحسانا حملا للحق على أنه سابق على الابراء الاّ أن هؤلاء الفقهاء قد ذكروا بأن الدعوى بعد الابراء العام تسمع في أربع مسائل هي:

1) اذا أبرأ ابراءا عاما ثم ادعى عليه ضمان الدرك (1) في بيع سابق على الابراء اذا الحق وهو الضمان لم يحدث الاّ بعد الابراء .

2) اذا بلغ القاصر فأبرأ وصيه من كل حق ثم ظهر له شيئ ولم يكن يعلمه سمعت دعواه لأن التناقض كما يقال مغتفر فيما فيه خفاء (2) .

3) اذا أقر الوصي أنه استوفي جميع ماكان للميت على الناس جميعا ثم ادعى على رجل دينا للميت سمعت دعواه لارتفاع التناقض بسبب وجود الخفاء كما وأن المبرأ منه مجهول ولا يصح الابراء من المجهول .

4) اذا أقر الوارث أنه استوفى جميع ماكان للمورث على الناس جميعا ثم ادعى لمورثه دينا على آخر سمعت دعواه لأن التناقض مغتفر فيما فيه خفاء كما ذكرنا من قبل .

أما في فقه المالكية فاذا أبرئ من عليه الحق بصيغة من جميع الابراء ثم قام صاحب الحق وادعى على من أبرأه بحق فلا تقبل دعواه عليه بنسيان أو جهل أو أنه أراد بعض متعلقات الابراء وكذلك لا تقبل دعواه اذا جهل التاريخ أو كانت الحجة غير مؤرخة هذا ويبطل الابراء ولا ينتج أثره في الفقه الاسلامي اذا بطل ما تضمنه ويتحقق ذلك في حالة ما اذا كان الابراء قائما على حقوق تترتب على ما تضمنه وعلى ذلك فانه اذا باع شخص عينا وقبض ثمنها وتضمن عقد البيع براءة البائع(3) من كل دعوى تتعلق بالثمن ثم بطل البيع بسبب استحقاق المبيع للغير فانه لا يكون لهذا الابراء الذى تضمنه عقد البيع أثر على حق المشترى في مطالبة البائع برد الثمن كما لا يكون له أثر في مطالبة المشترى برد المبيع .

---

(1) ضمان الدرك هو ضمان ما يدرك المبيع من استحقاق الغير له استحقاقا كليا أو جزئيا بعد انعقاد البيع ذلك أن ضمان الدرك لم يثبت فيه الحق الاّ بعد الابراء وان كان سببه سابقا على صدوره .

(2) أنظر فقه الحنفية الاشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص: 357 .

(3) أنظر ما سبق من هذا الكتاب في موضوع ابراء البائع للمشترى ص: 124 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واذا تضمن الصلح ابراءا من أحد الطرفين للآخر ثم بطل الصلح لأى سبب من الأسباب بطل تبعا لذلك ما تضمنه من الابراء لأن الابراء كان من غير عناصر الصلح فاذا بطل الصلح بطلت أيضا عناصره ولا يترتب على الابراء أثرا .

وهكذا تترتب على الابراء آثاره سواء كان ابراءا عاما أو كان ابراءا خاصا كما بيناه من قبل وسواء كان في صورة اخبار كأن يقول الدائن أبرأت فلانا من دين في معرض اقراره بذلك أو يكون في صورة هبة ولكنها هبة غير مباشرة كأن يقول الدائن لمدينه وهبت مالي في ذمتك من دين وقد يكون في صورة وصية فلا يتم الابراء ولا ينتج أثره الا بعد موت الموصي مصرا على وصيته ويأخذ الابراء حينئذ حكم الوصية وقد يتمثل الابراء في صورة اقرار كما في ابراء الاستيفاء كأن يقر الدائن بأنه قد استوفى حقه وفي هذه الحالة يترتب على الابراء أثره وهو انقضاء الدين وزواله .

المطلب الثاني

الابراء من بعض الدين

من المعلوم بأنه اذا كان الابراء عن الدين كله سقط الدين عن المدين وليس للدائن أن يطالبه بعد ذلك بشرط أن يكون الابراء قد صدر مستوفيا لأركانه وشروطه ولم يقم المدين برده في مجلس الابراء (1) الا أن الابراء قد يكون عن بعض الدين مقيدا بأداء المدين للباقي منه في وقت معين ويصرح الدائن في هذه الحالة بأن المدين اذا لم يؤد الدين في ذلك الوقت المحدد فان الدئن يبقى عليه بحاله فاذا قام المدين بأداء الجزء الباقي من الدين في حينه برئ من التزام بكامله وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله .

واذا أحط الدائن عن مدينه بعض الدين على أن يكون للمدين أداء الباقي من الدين ولم يجعل للأداء وقتا معينا وقبل المدين ذلك فانه يبرأ منه ولا يعود عليه سواء أدى الباقي أو لم يؤده واذا كان الابراء كما بينا يحمل معنى الاسقاط بالنظر الى الدائن اذ قد تخلى عن دينه وأنقطعت مطالبته ويحمل معنى التمليك بالنظر الى المدين لأنه قد يملك الدين (2) فان هذا يدعونا الى التفرقة ما بين الابراء والاسقاط .

---

(1) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص 134 وما بعدها .

(2) وهذا ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية الحنفية والمالكية والشافعية .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثالث
الموازنة ما بين الابراء والاسقاط

اذا نظرنا الى الابراء وهو يحمل معنى الاسقاط للحق وهذا بالنظر الى الدائن فانه يعتبر نوع من أنواع الاسقاط أو ضربا من ضروبه فالاسقاط أعم من الابراء فكل ابراء فهو اسقاط والعكس غير صحيح فالاسقاط في تصويره كما يكون تركا للحق الذى للدائن في ذمة مدينه إخراجا له فانه قد يكون أيضا تركا لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة أخرى ومثل ذلك اسقاط الشفيع لحقه في الشفعة واسقاط الموصى له بسكنى دار حقه في سكناها .

واسقاط حق الخيار واسقاط حق الرهن وحق الارتفاق وحق الانتفاع ويعد أيضا من قبيل الاسقاط إذن الولي للصبي بالتجارة واذن القيم للمعتوه المميز بها أيضا اذا كان يعقلان البيع والشراء ويميزان الغبن الفاحش من اليسير لأنه اسقاط للحق في منعهما من هذا التصرف الا أنه غير لازم فيصح الرجوع فيه .

وبالنظر الى اعتبار الابراء من قبيل تمليك الدين للمدين فان صاحب الدين لا يستطيع اسقاط دينه الثابت في ذمة مدينه وانما يستطيع تمليكه للدين وعدم مطالبته به .

وخلاصة ما تقدم فان آثار الابراء في الشريعة الاسلامية تتمثل في اسقاط الحق محل الالتزام وانقضائه وتنقضي معه توابعه وما يضمنه من تأمينات سواء كانت عينية أو شخصية .

المبحث الثاني
أحكام الابراء في القانون المدني

الالتزام رابطة قانونية أو هو بعبارة أخرى حالة قانونية بين شخصين هما الدائن والمدين وبمقتضاها يجب على المدين أن يؤدى موضوع الالتزام فاذا لم يقم بالوفاء كان الدائن أن يجبره على ذلك .

غير أن الالتزام قد ينقضي بصفة نهائية دون مقابل اذا قام الدائن بابراء المدين وذلك بتوافر كل الأركان والشروط المطلوبة لصحته (1) وفي هذه الحالة تبرأ ذمة المدين بالقدر الذى يتناوله الابراء فاذا كان الابراء شاملا للدين كله انقضى الدين بأكمله أما اذا كان الابراء جزئيا انقضى هذا

---

(1) أنظر في هذا المعنى ما سبق ذكره من هذا الكتاب ص: 129 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الجزء وبقي الجزء الآخر (1) وهذا حسب ما اتجهت اليه ارادة الدائن .

المطلب الأول

ما يترتب على انقضاء الالتزام بالابراء

لقد سبق لنا وأن ذكرنا من قبل أنه قد ثار بالنسبة لفقهاء الشريعة الاسلامية مشكلا يتمثل فيما اذا كان الابراء ينقضي به الدائن والمطالبة أم ينقضي الدين دون المطالبة (2) وهذا ما يثور أيضا في اطار أحكام الابراء في القانون المدني وهذا التساؤل الذى يثور يتلخص في معرفة ما اذا كان الابراء يؤدى الى انقضاء عنصرى المسؤولية والمديونية معا أم يؤدى الى انقضاء المسؤولية مع بقاء المديونية ؟ .

وما تجب الاشارة اليه في هذا الصدد أن الالتزام يتحلل الى عنصرين هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية فعنصر المديونية devoir ou la dette وهو ما يجب من دين في ذمة المدين ويجب عليه أن يقوم بأدائه وللدائن أن يستوفيه من الدين .

أما عنصر المسؤولية l'engagement ou la resposabilité فمؤداه أن يكون للدائن الحق في أن يجبر المدين على الوفاء اذا لم يقم بالوفاء له اختياريا .

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه الى القول بأنه يترتب على الابراء انقضاء عنصر المسؤولية فقط فيحق للدائن أن ينزل عن حقه في الالتجاء الى القهر لاجبار المدين على تنفيذ التزامه ولكنه لا يستطيع أن يقضي على عنصر المديونية فيظل قائما بالرغم من حصول الابراء ويترتب على بقاء عنصر المديونية على هذا النحو أن قيام المدين بأداء الدين رغم الابراء لا يعتبر تبرعا بل هو وفاء بدين كما أن ردّ الابراء لا يعتبر تصرفا تبرعيا اذ المدين لا يتبرع للدائن بحق جديد اذا ما ردّ الابراء بل هو يعيد الى الالتزام عنصر المسؤولية أما المديونية فقد كانت قائمة اذا لم تنقض بالابراء (3) وفي هذا الصدد يقول فقهاء من الفقه الفرنسي أن المدين بعد الابراء يعتبر

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور الأستاذ محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 368 .
أنظر أيضا أحكام الالتزام للدكتور محمد سامي مدكور ص: 8 طبعة 1950
أنظر كذلك اسماعيل غانم في أحكام الالتزام ج 1 طبعة 1964 فقرة 07 ص: 12
أنظر كذلك الأستاذ الدكتور جلال العدوى رابطة الالتزام ص 17 طبعة 1974
(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص:
(3) أنظر في هذا المعنى رأى الدكتور اسماعيل غانم في أحكام الالتزام ج 02 فقرة 293 ص: 161 ، 162 هامش رقم 01
أنظر أيضا الدكتور عبد الحيى حجازى في كتابه النظرية العامة للالتزام ج 01 طبعة 1954

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كالمدين بالالتزام الطبيعي . اذ يكون التزام كل واحد منهما التزاما ناقصا لا ينطوي الاّ على عنصر المديونية دون المسؤولية (1) ولكن نظرا لاختلاف الدين الطبيعي عن الدين بعد الابراء يضيف جانب من الفقه في القانون المدني المصرى قوله :

ولكن ليس معنى هذا أن المدين بعد الابراء يكون عليه التزام طبيعي وذلك أنه ما دام الدائن قد أبرأه فلا يمكن القول بأنه عليه واجبا خلقيا قبله بأن يؤدى له دينه والواجب الخلقي هو الأساس في الالتزام الطبيعي وانما هما حالتان تستقل كل منهما عن الأخرى تقوم فيهما المسؤولية بغير المديونية وهما حالة الالتزام الطبيعي وحالة الابراء من الالتزام (2) .

وبالتمحيص والتدقيق في هذا الرأى نجده أنه في الواقع يتعارض مع ما نص عليه المشرع الجزائرى والمشرع المصرى والتشريعات العربية الأخرى التي تساير هما في أحكام الابراء ومن ذلك فاننا نجد المشرع الجزائرى في المادة: 305 والتي تقابلها المادة : 371 من القانون المدني المصرى تنص على أن ((الالتزام ينقضي اذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ولكن يصبح باطلا اذا رفضه المدين)) .

وهذا الحكم الموجود في المادة: 305 ق.م.ج يؤيد الرأى الراجح في الفقه الاسلامي الذى يقرر بأن الابراء يعتبر تصرفا بارادة منفردة (3) ويترتب عليه انقضاء الالتزام وبالتالي اسقاط الحق محل الالتزام والساقط متلاشيا لا يعود اللّهم الاّ اذا قام المدين بردّه اذا رأى فيه تفضلا عليه من الدائن لا يريده ويصر على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في ابرائه فيجب حينئذ أن يرتد بالرّد وهذا نفيا للضرر الذى قد يحدث للمدين لصدور المنة من غير أهلها ومن غير حاجة الى هذه المنة وفي هذه الحالة يعود الالتزام المبرأ من عنصر المديونية والمسؤولية ويضيف جانب من الفقه المصرى أن مؤدى

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ جاك دى لاموت
في رسالة تحت عنوان : العمل القانوني بالارادة المنفردة من جامعة تولوز 1955 فقرة 322 وما بعدها .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور اسماعيل غانم أحكام الالتزام المرجع السابق وفي نفس الموضع .

(3) أنظر ما سبق من هذا الكتاب ص: 28 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ارتداد الابراء ورفضه كما عبر عنه المشرع المصري والمشرع الجزائري من طرف المدين ان عنصر المسؤولية فيه شأنها شأن عنصر المديونية فيظل قائما بحيث اذا لم يقم المدين بالوفاء بعد أن رد الابراء كان للدائن أن يجبره على الوفاء وهذا لا يتأتى الا اذا كان الارتداد أو الرفض بمناسبة شرط قانوني فاسخ للابراء الذى تم بارادة الدائن المنفردة بحيث اذا تحقق الشرط زال أثر الابراء سواء بالنسبة لعنصر المسؤولية أوبالنسبة لعنصر المديونية والرفض يصدر من المدين بينما الابراء يصدر من الدائن وكلاهما يعتبر تصرف شرعي ومن ثم لايقبل من المدين اذا لم تتوفر فيه أهلية التبرع (1) ، اذا نقول أن الالتزام ينقضي بالابراء اذا ما صدر هذا الأخير مستوفيا لأركانه وشروطه وتنقضي معه أيضا عنصر المسؤولية وعنصر المديونية أى أن الالتزام محل الابراء وان كان في نشأته يعتبر التزاما مدنيا يمكن اجبار المدين على الوفاء به الا أنه وبالابراء ينقضي حق الدائن في اجبار المدين على تنفيذ التزامه ويصبح هذا التنفيذ غيرممكن لفوات المحل وسقوط الدين بتمام الابراء بالفعل (2) .

فمثلا اذا كان محل الابراء هو دفع مبلغ من النقود كثمن للمبيع الذى كان المشترى ملتزما بالوفاء به للبائع وأبرأ البائع المشترى منه فان الثمن ينقضي بالابراء ولا يستطيع الدائن أى البائع أن يجبر المدين المشترى على الوفاء به .

وكذلك اذا كان محل الابراء دين نفقة وحبس المدين بالنفقة لعدم أدائها بالرغم من تمكينه من ذلك وذلك تطبيقا للمادة : 343 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر التي تقضي بمايلي:

اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزائية التي بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام به وأمرته ولم يتمثل حكمه بحبسه أما اذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية أو بطريق الحجز على أموال

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور السنهوري ج 03 المرجع السابق ص: 967 هامش رقم 02 .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 185 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدين اذا ظهرت له أموال (1) .

ويستخلص من هذه المادة أن المدين بالنفقة المحكوم عليه بالحبس اذا قام بالوفاء بها أو قدم تعليلا بتعهد الوفاء بها بدلا عنه أو أبرأته الزوجة من دين النفقة ابراءا صحيحا فان الابراء يصادف مسجله وهو الدين الثابت في الذمة ويخلى سبيل الزوج اذا كان محل الابراء مهرا مستحقا للزوجة قبل زوجها وتم ابراء الزوجة لزوجها منه بعد تمام العقد وقع صحيحا وانقضى التزام الزوج المتعلق بالمهر قبل زوجته وذلك لأن المهر أصبح بعد العقد حقا خالصا لها فلها أن تبرئ زوجها منه وهذا تطبيقا لقوله تعالى :

((فان طبن لكم عن شيئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)) (2)

وقوله تعالى :

((الاّ أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقد النكاح)) (3) .

وكخلاصة لكل ما تقدم فاننا نستطيع القول بأن الدائن اذا أبرأ مدينه من الدين الذي له عليه في ذمته انتهى هذا الدين بالابراء (4) كما ينقضي بالوفاء

---

(1) أنظر في هذا المعنى جميل الشرقاوي في أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة : 15 ص: 44 ومما جاء في هذه النقطة بالذات ما يلي :

ان حبس المدين في دين النفقة لا يعني ابراؤه من التزامه بل يتم التنفيذ بالدين على أمواله .

أنظر في هذا المعنى أيضا أحكام الالتزام للدكتور محمد لبيب شنب فقرة: 217 ص: 252 في حبس المدين بدين النفقة كوسيلة استثنائية لحمله على تنفيذ التزامه .

(2) سورة النساء آية رقم : 04 .

(3) سورة البقرة آية رقم : 237 .

(4) وفي هذا المعنى لقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 23/ 5/ 64 مجموعة المكتب الفني السنة الخامسة عشرة رقم : 116 ص: 731 بما يلي :

((ان التنازل الذي يتضمن ابراء الدائن لمدينه من الالتزام من وسائل انقضاء الالتزام فهو ينشئ مركزا قانونيا ثابتا لا يتقادم أبدا ويحق للمتنازل اليه أن يطالب في أي وقت بأعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن ذلك ابطال ما إتخذه المتنازل من اجراءات بالمخالفة لتنازله)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وتبـرأ ذمة المدين وهذا بصريح نص المادة : 305 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المواد التالية من القوانين العربية الأخرى المادة : 371 من القانون المدني المصري والمادة : 420 من القانون المدني العراقي والمادة : 445 من القانون المدني الأردني والمادة : 351 من قانون التجارة الكويتي والمادة: 369 من القانون المدني السوري والمادة : 358 من القانون المدني الليبي وكذلك القانون المدني اللبناني في المادة : 338 وكذلك المادة : 1285 من القانون المدني الفرنسي والتي جميعهـا تقضي بأن المدين يبـرأ بمجرد أن يقوم الدائن بابـرائه اللّهم الاّ اذا استثنينا بعض الخلافـات في صياغة المواد أوطبيعة الابراء باعتبارع عقد أو يتم بارادة منفردة .

المطلب الثاني

الابـراء مـن التضـامن

ان ابراء الدائن للمدين فيه وجهين وذلك إما أن يكون ابراء لمدين غير متضامن وهذا ما سبق وأن أشرنـا اليه من قبل وقد يكون ابراءا لمدين متضامن وهذا ما يجـب أن نوضحـه فيما يلي:

من المعروف أن الطرق المتعددة في الالتزام قد يكون هو الدائن فيكـون هناك عدة دائنين ويكونون متضامنين وهذا ما يعرف بالتضامن الايجابي وقد يكون هـو المدين فيكون هناك تضامن ما بين المدينين وهو ما يعرف بالتضامن السلبي وهو الأكثر وقوعـا في الحياة العمليـة ولدراسـة الابـراء من التضامن نـرى بـأنه يجب علينا أن نقسـم هذه الدراسة الى فرعين نتناول في الفرع الأول الابراء من التضامن الايجابي وما يترتـب عليه من آثار وندرس في الفرع الثاني الابراء من التضامن السلبي وما يترتب عليه أيضـا من آثـار .

الفـرع الأول

الابـراء من التضامن الايجابي

في بعض الأحيان قد تبرأ ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء وفـي ذلك تنص المادة : 220 من القانون المدني الجزائري على مايلي:

((اذا برئت ذمة المدين(1) قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفـاء

---

(1) لقد وقع خطأ مادي بالنسبة للنص العربي فنجد فيه كلمة الدائن بدل استعمال كلمة المدين كما هو موجود في النص الفـرنسي اذ يبدأ بكلمة si le débiteur وترجمتهـا بالعربية (المدين) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين الاّ بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله)) .

وفقا لهذا النص يقتصر أثر التضامن الايجابي في صلة الدائن المتضامن مع المدين على استيفاء الدين فاذا استوفاه أحدهم من المدين برئت ذمة هذا الأخير قبلهم جميعا أما اذا انقضى الدين في علاقة المدين بأحد الدائنين المتضامنين لسبب آخر غير الوفاء فيقتصر هذا الانقضاء على حصة هذا الدائن فقط وعلى ذلك فالتجديد الذى يتفق عليه بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين لا يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم الأ بالنسبة لحصة هذا الدائن فقط وكذلك الابراء الذى يقع من أحد الدائنين أو اتحاد الذمة الذى قد يتوافر بالنسبة اليه لا يقضي الدين الاّ بقدر حصته كذلك .

اذا وتأسيسا على ما تقدم نقول بأنه اذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين لم تبرأ ذمة المدين نحو سائر الدائنين المتضامنين الآخرين الا بقدر حصة الدائن الذى صدر منه الابراء ويستطيع أى دائن من الدائنين الآخرين أن يرجع على المدين ببقية الدين بعد استنزال نصيب الدائن المبرئ (1) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى الجديد مايلي :

لا يجوز أن يحتج في التضامن الايجابي بالابراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقين فلكل هؤلاء أن يرجع على المدين بعد استنزال حصة من صدر الابراء منه (2) وهذا تطبيقا لأحكام المادة : 220/ 2 من القانون المدني الجزائرى حيث تنص على مايلي :

((لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يقوم بعمل من شأنه الاضرار بالآخرين)) .

وابراء الدائن المتضامن للمدين يعتبر عملا مضرا بالنسبة لباقي الدائنين المتضامنين الآخرين وقد نصت على هذا أيضا المادة : 282/ 2 من القانون المدني المصرى والمادة : 14/ 1 من التقنين المدني اللبناني والمادة : 154 من المشروع الفرنسي الايطالي والمادة : 1188/ 2 من القانون المدني الفرنسي والمادة : 429 من التقنين

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه الوسيط المرجع السابق ج 03 فقرة : 141 ص: 224 .

(2) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى جزء 03 — 80 أشار اليها الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه الوسيط ج 03 المرجع السابق فقرة 141 ص: 224 هامش رقم : 03 .

وانظر في هذا المعنى أيضا الدكتور محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام المرجع السابق ص: 320 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدني الألماني والمادة : 20 من التقنين المدني البولوني .

وقد ذكرت المذكرة الايضاحية القانون المدني المصرى فيما يخص جواز الابراء من التضامن الايجابي على غرار الابراء من التضامن السلبي فجاء فيها مايلي :

ومن الميسور أن يتصور الابراء من التضامن بصدد التضامن الايجابي أيضا فاذا ارتضى أحد الدائنين المتضامنين أن يستوفي نصيبه من الدين برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين وهذا حسب ما تشير اليه أيضا المادة: 13/ 2 من التقنين المدني اللبناني .

ويجوز أيضا أن يصدر الابراء من المتضامن من أحد الدائنين المتضامنين دون أن يستوفي حصته من المدين فعلا وفي هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الابراء حق الرجوع على المدين بكل الدين فمثلا لو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا في استيفاء دين مقداره 1200 دينارا وأبرأ أحدهم المدين من الدين فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ 900 دينارا فاذا أعسر هذا المدين اعسارا جزئيا ولم يستطيع الاّ أداء حوالي 600 دينار فيجب أن يتحمل جميع الدائنين حتى من صدر الابراء منه تبعة الخسارة الناشئة عن هذا الاعسار وقدرها 300 دينارا (1) .

هذا كل ما يتعلق بالابراء الصادر من الدائن في التضامن الايجابي أما بالنسبة للابراء الصادر من الدائن لأحد المدينين المتضامنين فسنوضحه في الفرع المقبل .

الفـــرع الثـاني

الابـراء مـن التضـامن السـلبي

نقول بادئ ذى بدء فيما يخص الابراء من التضامن السلبي أن الابراء الذى يقوم به الدائن اتجاه أحد المدينين المتضامنين قد يكون من الدين أو قد يكون من التضامن وعند اطلاق الابراء فانه ينصرف الى أصل الدين لا الى التضامن فقط مالم يقم دليل على انصرافه الى التضامن فقط كاحتفاظ الدائن عند ابراء أحد

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه الوسيط ج 03 ص: 224 225 هامش رقم 03

وانظر أيضا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجديد ج 03 ص:

وتقابلها المادة : 291/ 1 من القانون المدني المصرى والقانون المدني السورى المادة : 291 المادة : 278 الليبي والمادة : 328 من القانون المدني العراقي والمادة: 43 من: قانون الموجبات والعقود اللبناني .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المدينين المتضامنين بحق الرجوع على الباقين بكل الدين وسواء كان الابراء لأحد المدينين المتضامنين من أصل الدين أو من التضامن فقط فان المدين المبرأ رغم ابرائه يبقى مشتركا مع بقية المدينين في تحمل حصة من يعسر منهم الاّ اذا صرح الدائن بأنه أبرأ المدين ابراءا يعفيه من كل مسؤولية عن الدين فعندئذ يتحمل هذا الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر وهذا ما نصت عليه المادة : 227 من القانون المدني الجزائرى بقولها :

((اذا أبرأ الدائن أحد مدينيه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الاّ اذا صرح الدائن بذلك فاذا لم يصدر منه هذا التصريح لا يجوز له مطالبة باقي المدينين المتضامنين الاّ بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه الاّ أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وفي هذه الحالة يكون لهم الحق في الرجوع على المدين الذى برئت ذمته بحصته في الدين))(1) .

اذا وطبقا لهذا النص فان الالتزام ينقضي بالنسبة للمدين المتضامن المبرأ في علاقته مع الدائن ولا يجوز للدائن أن يطالبه به ويكون انقضاؤه بالنسبة الى هذا المدين بقدر حصته فقط وبالتالي لا يجوز للشركاء الآخرين المتضامنين في الدين أن يطالبوا شريكهم الذى حصل له الابراء له الاّ بقدر ما يخصه من حصة الشركاء المعسرين اذا اقتضى الأمر ذلك وهذا طبقا للمادة: 229 من القانون المدني الجزائرى التي تنص على مايلي:

((في جميع الأحوال التي يحصل فيها الابراء سواء من الدين أو من التضامن يرجع فيها باقي المدينين على المدين المبرأ بنصيبه في حصة المعسر منهم وفقا للمادة 235 غير أن الدائن اذا أخلى المدين المبرأ من كل مسؤولية الدين يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر)) .

---

* وفي أغلبها مطابقة للمادة : 227 من القانون المدني الجزائرى فيما عدا المادة: 326 من القانون المدني العراقي فهي لا تذكر في فقرتها الثانية العبارة الأخيرة الواردة في التقنين المدني الجزائرى وهي ((ألاّ يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين)) وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته في الدين ، وفي الواقع فان هذه العبارة ليست الاّ تطبيقا للقواعد العامة فيمكن الأخذ بها في العراق دون نص .

أما بالنسبة للتقنين المدني اللبناني فيلاحظ عليه مايلي :

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهكذا لا يحق للدائن بأن يطالب المدينين الآخرين الاّ بما يبقي من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ويقتصر حقه في الرجوع في هذه الحدود فقط (2) .

غير أنه يجوز للدائن عند ابرائه المدين أن يصرح بما انصرفت اليه نيته فقد يصرح بأنه اذا أراد بابرائه لأحد المدينين ابراء جميع المتضامنين فتبرأ ذمتهم جميعا فلا يرجع في هذه الحالة على أحد وهنا يكون الابراء سببا لانقضاء الالتزام في جملته وهذا ما نصت عليه المادة : 227 من القانون المدني الجزائرى وقد يصرح الدائن عكس ذلك أى أنه قد اقتصر على ابراء أحد المدينين دون أن يصرح بما انصرفت اليه ارادته بالنسبة لباقي المدينين وفي هذه الحالة يتضح بأنه لا يريد ابراء ذمتهم الاّ بقدر حصة المدين الذى صدر الابراء لصالحه وزيادة على ما تقدم فانه يجوز للدائن أن يحتفظ بحقه في الرجوع على باقي المدينين بكل الدين ولا يجوز لهم في هذه الحالة التمسك بالابراء أو بقدر حصة المدين الذى أبرأه الدائن بل يتعين عليهم الوفاء بالدين كاملا ويحق لمن قام بالوفاء منهم الرجوع على المدين الذى حصل الابراء لصالحه بحصته في الدين وهذا طبقا لنص المادة : 227/ 2 من القانون المدني الجزائرى وحينئذ تقتصر

---

* ان المادة 32 تنص على أن اسقاط الدين على أحد المدينين المتضامنين يستفيد منه سائر الموجب عليهم الاّ اذا كان الدائن قد صرح بأنه لا يريد اسقاط الدين الاّ عن ذلك المدين وعلى قدر حصته فعندئذ لا يستفيد المدينون الآخرون بنسبة حصة المدين المبرأ وفي هذا يختلف التقنين اللبناني عن التقنين المدني الجزائرى والقانون المدني المصرى وكما ذكرنا من قبل اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الاّ اذا صرح الدائن بذلك أما في التقنين اللبناني فابراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمة الباقين مالم يصرح الدائن أنه يرد الاّ ابراء المدين بقدر حصته .

1) تنص المادة : 235 من القانون المدني الجزائرى على مايلي:
اذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل هذا الاعسار من وفى الدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته .

2) أنظر في هذا المعنى الوسيط للسنهوري ج 3 المرجع السابق فقرة 193 ص: 319. 324
أنظر سليمان مرقس في موجز أصول الالتزامات فقرة : 777 ص: 845 وما بعدها .
أنظر أيضا محمد سامي مذكور كتاب الالتزامات ص: 162، 246.
أنظر أخيرا أنور سلطان في أحكام الالتزام 02 طبعة : 1970 فقرة : 285 ص: 253.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفائدة التي تعود على المدين من الابراء على امتناع مطالبة الدائن له ولكن لا يعفى من دفع حصته ولو أنه لا يوف بها للدائن وانما للمدين الآخر الذى أوفى بكامل الدين ، وكل هذا يكون بمناسبة الابراء من الدين الذى ينقضي به الالتزام ولكن قد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط وهكذا يختلف هذا الابراء عن الابراء من الدين وذلك أنه لا يعتبر سببا لانقضاء الالتزام كله أو بعضه ومن جهة أخرى فان ارادته تقتصر على محو التضامن فقط (1) وهكذا اذا كان الدائن قد أبرأ المدينين جميعا من التضامن فان الدين ينقسم عليهم وتعدد الالتزامات بقدر عددهم ولا يكون للدائن أن يطالب أيا منهم الا بقدر حصته ، أما اذا اقتصر الدائن على ابراء أحد المدينين المتضامنين للدائن أن يطالبه الا بقدر حصته فقط أما بالنسبة لباقي المدينين فللدائن الرجوع على أى منهم بكل الدين الا اذا انصرفت ارادة الدائن الى ابراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الابراء لصالحه المادة : 227 من القانون المدني الجزائرى وفي جميع الأحوال اذا قام الدائن باستيفاء حصته من المدين فلا يحق له أن يطالب المدينين الآخرين الا بالباقي بعد خصم ما استوفاه ، أما اذا لم يستوف الدائن به هذا المدين شيئا فوفى أحد المدينين الآخرين بالدين كله كان لهذا المدين أن يرجع على المدين الذى أبرئ من التضامن بقدر حصته (2) .

ومهما يكن من أمر الابراء الذى يصدر من الدائن لأحد المدينين المتضامنين

---

1) أنظر في هذا المعنى حكم من محكمة النقض المصرية صدر في : 6/ 3/ 1952 رقم : 71
انظر أيضا السنهورى في كتابه الوسيط المرجع السابق ج 03 فقرة : 193 ص: 322 .
انظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي في أحكام الالتزام ص: 309 ، 310 .
انظر أيضا اسماعيل غانم في كتابه الالتزامات فقرة : 191 ص: 57 ، 58 .
انظر جلال العدوى في رابطة الالتزام ص: 226 .
انظر هنرى وليون وجان مازو في كتابهم الالتزامات فقرة: 1201 طبعة : 1966 ص: 992 .

2) أنظر في هذا المعنى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 3 ص: 78، 80 ومما جاء فيها على الخصوص ما يلي: أما اذا اقتصر الدائن على ابراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن فلا تنهض هذا الابراء قرينة على أن نيته قد انصرفت الى ابراء ذمة الباقين من حصة من أبرئ على ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل هؤلاء المدينين بجملة الدين ما لم يصرح بأنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الابراء لصالحه ولا يجوز له في أى حال أن يرجع على من أبرئ من التضامن الا بقدر حصته في الدين .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سواء كان الابراء من الدين أو من التضامن فانه لا يجوز أن يترتب على هذا الابراء زيادة في عبء الالتزام على المدينين الآخرين ، ونشير أخيرا الى أن المدينين المتضامنين جميعا يعتبرون في علاقاتهم فيما بينهم مسؤولين عن تحمل تبعة حصة المعسر فلا يتحمل المدين الموفى وحده حصة المعسر منهم ولهذا فان المدين المبرأ منهم يبقي بالرغم من ابرائه مسؤولا عن نصيبه في حصة من يعسر من المدينين الآخرين المادة : 229 من القانون المدني الجزائري وكما يترتب على الابراء انقضاء رابطة الالتزام فانه يترتب أيضا على التقادم المسقط انقضاء هذه الرابطة أيضا وفي الحالتين لا يحصل الدائن على حقه (1) كما أن كلا منهما يتم بدون مقابل الا أنه يلاحظ أن ارادة الدائن في الابراء تكون حرة فهو يتم برضاء الدائن دون أن يكون مكرها على الابراء أما في التقادم فلا شأن لارادة الدائن وانما المسألة مناطها حكم القانون الذى يقضي بانقضاء الالتزام لسقوطه بالتقادم (2) وهكذا اذا اكتملت مدة التقادم المسقط بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فان الالتزام ينقضي بالنسبة له ولا يجوز للدائن أن يطالبه بوفائه ولكن الدائن يبقى في مواجهة سائر المدينين الذين لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة لهم كما لو انقطع سريان التقادم أو وقف بالنسبة لهؤلاء المدينين دون المدين الأول ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب هؤلاء المدينين بوفاء الدين كله بعد خصم حصة المدين الذى انقضى الدين بالنسبة اليه (3) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ كاربونيه في كتابه الالتزامات ج 04 طبعة : 1959 فقرة : 137 ص: 501 ، 502 ومما جاء فيه مايلي :

le rappore d'obligation éteinc sans que le créancier recoive la satisfaction à laquelle il avait droit.

(2) أنظر المادة 308/ 1 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على مايلي :

((يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص)) .

(3) أنظر في هذا المعنى عبد المنعم البدراوى في كتابه أحكام الالتزام ج 02 المرجع السابق فقرة : 260 ص: 277 .

أنظر أيضا محمد لبيب شنب أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة : 348 ص: 397 ، 398 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثالث
الوفاء توابع الالتزام

قد يتبع الالتزام المبرأ منه ملحقات فيمتد أثر الابراء الى تلك التوابع وهي تشمل الفوائد والمصروفات ونفقات الوفاء لأن سقوط الأصل كما هو مقرر يستتبع سقوط الفرع (1)

الفرع الأول
فوائد الدين

اذا كان محل الابراء مبلغا من النقود وحلّ أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء في الأجل المحدد كان ملزما على المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذى لحقه نتيجة ذلك التأخير(2) وقد نصت على ذلك المادة : 186 من القانون المدني الجزائرى بقولها :

((اذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به فيجب عليه أن يعوض الدائن الضرر اللاّحق من هذا التأخير)) .

وبمناسبة تعرضنا لهذه النقطة نرى أنه لا بد لنا من ابداء الملاحظات الآتية)) .

1) ان المشرع الجزائرى قد حرّم الفوائد في القروض الاستهلاكية التي تقع بين الأفراد ومن ذلك فقد نصت المادة : 454 من القانون المدني الجزائرى على مايلي :

((القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك)) .

غير أن المشرع الجزائرى وهو يتكلم عن التعويض في المادة : 186 المذكورة

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ السنهورى في كتابه الوسيط ج 3 فقرة 456 ص: 773 .

(2) أنظر في هذا الموضوع سليمان مرقس أصول الالتزامات المرجع السابق فقرة : 643 .

وانظر أيضا جميل الشرقاوى في كتابه دروس في النظرية العامة للالتزام الكتاب الثاني في أحكام الالتزام طبعة 1970 فقرة : 23 .

أنظر أيضا أنور سلطان في أحكام الالتزام فقرة : 208 ص: 185 .

أنظر كذلك محمد لبيب شنب المرجع السابق فقرة : 244 ص: 190 ، 191 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

سابقا يقرر بأن المدين بمبلغ معلوم من النقود له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه نتيجة تأخير المدين في الوفاء بالمبلغ المعلوم من النقود .

وهكذا يمكن لنا أن نقول بأن المشرع الجزائرى قد حرم الفوائد من القروض الاستهلاكية بين الأفراد وكل اتفاق على مخالفتها يقع باطلا ولا يترتب عليه أى آثار وما موقف المشرع الجزائري في الواقع الاّ تطبيقا لحكم الشريعة الاسلامية التي تحرم الرّبا وتمنح الفوائد الربوية بين الأفراد وما نص عليه المشرع الجزائرى في المادة 186 المذكورة أعلاه لا نعتبرها في رأينا فوائد كما ذهب الى ذلك بعض الدارسين للقانون المدني الجزائرى (1) وانما هي عبارة عن تعويض للأضرار التي تلحق الدائن نتيجة تأخر المدين عن دفع الدين في الأجل المحدد والقاضي هو الذى يقدر قيمة هذا التعويض وذلك حسب ما أصاب الدائن من ضرر وهذا لا يتنافى مع ما ذهبت اليه الشريعة الاسلامية في قاعدة اجبار الضرر الذى يلحق الدائن .

بينما نجد أن التشريعات التي سمحت بالفوائد في القروض الاستهلاكية نصت على أن هذه الفوائد تستحق سواء لحق الدائن الضرر نتيجة التأخير أم لا اللّهم الاّ اذا تجاوزت تلك الفوائد الحدّ الأقصى الذى قرره القانون فيتدخل القاضي عندئذ ويرجع نسبة الفائدة الى الحدّ الذى نص عليه القانون وعلى هذا الحكم نصت المادة 226 من القانون المدني المصرى اذ جاء فيها مايلي :

((اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)) .

ومهما يكن من أمر فان المشرع الجزائرى لم يأخذ بالفوائد وحرمها في القروض الاستهلاكية وان كانت رائحة الفوائد قد تشم من نص المادة : 186 من القانون المدني الجزائرى الاّ أن هذا الشك يمكن أن يقضى عليه اذا قلنا بأن حكم هذه

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور علي علي سليمان في محاضراته التي ألقيت على طلبة الماجيستر السنة الثانية السداسي الثالث تحت عنوان التعويض السنة الدراسية : 1978/ 1979 ((غير مطبوعة)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المادة مقررة لتعويض الأضرار التي قد تصيب الدائن نتيجة تأخر المدين عن دفع الدين في الأجل المحدد .

وكخلاصة لكل ما تقدم فان الدين اذا كانت له فوائد أو معه تعويض فان هذه الفوائد أو التعويضات تسقط بالابراء تبعا لسقوط أصل الدين وغني عن البيان أن نذكر مرة أخرى بأن الابراء يتم بارادة الدائن المنفردة في القانون المدني الجزائري وينتج أثره متى وصل الى علم المدين دون أن يرفضه في المجلس الذى علم فيه ، أما اذا رفضه في المجلس فانه يرتدّ ويعود الدين الى ذمة المدين وتعود معه الفوائد أو التعويضات وكذلك فان المصروفات ونفقات الدين تسقط هي الأخرى بالابراء لأنها تكون جزءا من الدين وعليه فاذا حلّ أصل الدين كان على المدين أن يدفع الدين والمصروفات جميعا وفي وقت واحد لأن هذا كله دين واحد لا يتجزأ عند الوفاء ، وكما هو معلوم وكقاعدة عامة فانها تقع على عاتق المدين ما لم يتفق على خلاف ذلك وهذا ما عبرت عنه المادة : 283 من القانون المدني الجزائري بقولها :

((تكون نفقة الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)) .

ونفقات الدين تختلف عن نفقات الوفاء فالأول ينفقها المدين في انشاء الدين أما الثانية فتتفق في سبيل الوفاء وكلاهما في الواقع يتحمله المدين الاّ اذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ، ومن أمثلة نفقات الوفاء بالدين نفقات ارسال الدين الى الدائن ونفقات المخالصة ونفقات الشيك أو حوالة البريد أو نفقات الوزن والعدّ والكيل (1) .

المطلب الرابع

انقضاء تأمينات الدين بأنواعها

لقد ذكرنا فيما سبق ذكره أن الدين ينقضي بالابراء وتنقضي معه توابعه من

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج 3 المرجع السابق فقرة : 383 ص: 977 .

أنظر أيضا عبد المنعم البدراوي في أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة : 397 ص: 418 ومما جاء في كتابه ما يلي : يترتب على الابراء سقوط الدين بالقدر الذى تناوله ويلحق هذا الأثر أيضا توابع الدين لأن سقوط الأصل يتبع سقوط الفرع .

فابراء الدائن المدين الأصلي يترتب عليه ابراء الكفيل ولكن ابراء الكفيل لا يؤدي الى ابراء الأصل .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فوائد ومصروفات وذلك على حسب ما بيناه سالفا ولا يفوتنا ونحن نتحدث عن انقضاء الدين أن نشير الى أنه تنقضي مع الدين أيضا كل التأمينات التي كانت مقررة لضمان الوفاء به سواء كانت تأمينات عينية Surcetes réelles كالرهن الحيازي والرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز أم كانت تأمينات شخصية Surectes personnelles وحتى يكون زوال التأمينات ساريا في حق الغير يجب شطب القيد طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن ، والتأمينات سواء كانت شخصية أم عينية تنشأ لكفالة الوفاء بحق شخصي فالدائن يالب مدينه بتقديم تأمين خاص للوفاء بالدين حتى يتفادى بذلك اعسار المدين أوغشه أو اهماله كما أنه اذا تعدد الدائنون ولم يكف الثمن الناتج عن بيع أمواله لوفاء حقوقهم فان الثمن ينقسم عليهم قسمة غرماء أي بنسبة حق كل منهم فلا يحصل كل دائن الا على جزء من حقه ولا يتقدم دائن على آخر ولا يفضل دائن دائنا غيره لأن الأصل أن الدائنين متساوون في الاستفادة من أموال المدين وهذا ما نصت عليه المادة : 188/ 2 ق م ج بقولها :

((وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان)) (1)

ولما كان تعرض الدائنين لخطر عدم استيفاء حقوقهم من شأنه أن يعوق الإئتمان ويحجم كثير من أصحاب الثروات والأموال عن اقراض الغير ولما كان الائتمان هو قوام الحياة الاقتصادية في المجتمعات الحديثة من أجل هذا كله كان لابد من تأمين عيني أو شخصي يقي الدائن من خطر عدم استيفاء حقه من مدينه .

والتأمين سواء كان عيني أو شخصي لا يوجد مستقلا كالحق العيني الأصلي ولهذا فانه يعتبر حقا تبعيا droit accessoire فهو يوجد تبعا لوجود الحق الشخصي ويدور معه وجودا أو عدما فان لم يوجد الحق الشخصي فلا ينشأ التأمين واذا وجد ثم انقضى بأي سبب من الأسباب انقضى التأمين العيني أو الشخصي الذي

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور الأستاذ السنهوري ج 10 فقرة : 04 ص: 08 .
أنظر كذلك في كتب التأمينات العينية الأساتذة :
الدكتور عبد المنعم البدراوي ص: 413 .
الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي فقرة : 06 ص : 14 .
الدكتور منصور مصطفى منصور فقرة : 201 ص: 716 .
الدكتور محمد لبيب شنب فقرة : 03 ص: 04 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

تقرر ضمانا له واذا انتقل الحق الشخصي من الدائن الى شخص آخر كما في حالة حوالة الحق انتقلت معه ضماناته وهذا ما عبرت عنه المادة : 243 من القانون المدني الجزائري بقولها :

((تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهون)) (1)

واذا كانت التأمينات العينية والشخصية تقتضي بصفة تبعية بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء والمقاصة والابراء كما تنقضي بصفة أصلية مع بقاء أصل الدين فانه من الأهمية بمكان أن نشير الى انقضاء هذه التأمينات كأثر من آثار الابراء الذى يقوم به الدائن لابراء مدينه بدين مضمون باحدى هذه التأمينات وعليه فسنحاول عرض وشرح هذه الآثار في الفروع الآتية :

الفرع الأول

انقضاء التأمينات الشخصية

تقوم التأمينات الشخصية على أساس وجود أكثر من شخص يستطيع الدائن أن يطالبه بذات الدين فاذا لم يتمكن الدائن من الحصول على حقه كاملا من المدين كان له أن يرجع على هذا الشخص الآخر أو الأشخاص الآخرين مطالبا بحقه أو بما لم يستوفه من حقه ومن صور التأمينات الشخصية تضامن المدينين وقد سبق لنا وأن درسنا وأوضحنا حكم وآثار ابراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين (2) وعدم انقسام الدين (3) والكفالة وهي في الواقع الصورة المثلى للتأمينات الشخصية ، والكفالة في اللغة تعني الضم ومن ذلك قوله تعالى : ((وكفلها زكريا)) (4) أما اصطلاحا فتفيد ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول عنه في التزام الحق أو هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو عين (5) أو دين وقيل هي ضم الذمتين في

---

(1) أنظر في هذا المعنى السنهوري الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة 04 ص: 07 أنظر أيضا محمد لبيب شنب التأمينات العينية طبعة 1979 ص: 09 .

(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا الكتاب فيما يخص هذه النقطة ص:

(3) يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام اذا كان لا يقبل تجزئة الوفاء .

(4) سورة آل عمران آية : 07 .

(5) أنظر في هذا المعنى البحر الرائق لابن نجيم ج 06 المرجع السابق ص: 221 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطالبة بالدين (1) وقد شرعت الكفالة بالكتاب والسنة والاجماع في الفقه الاسلامي .

أما في الكتاب فقوله تعالى : ((وامن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم))(2) فهذه الحكاية وان كانت حكاية عما قاله عامل يوسف عليه السلام حينما فقد صواع الملك الى أنها تصلح على مشروعية الكفالة (3) لان شرع ما قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه ولم يخالفه لأن الحاجة ماسة اليه وكذلك لقد ورد في مشروعية الكفالة قوله تعالى وكفلها زكريا أى جعله كفيلا لها يقوم بمصالحها وسمى الله نبيا من أنبيائه بذى الكفل لأنه كفل جماعة من الأنبياء عليهم السلام لملك أراد قتلهم (4) .

وأما في السنة قوله صلى الله عليه وسلم : ((الزعيم غارم)) وأما الاجماع فان المسلمين قد جروا على كفالة بعضهم بعضا منذ فجر الاسلام حتى الآن دون أن ينكر أحد عليهم ذلك .

وما يهمنا في هذا المقام أن نأتي على الأسباب الموجبة لبراءة الكفيل ومن الأسباب الموجبة لبراءته بصفة عامة انقضاء الكفالة وبانقضائها يبرأ الكفيل من التزامه اما بصفة تبعية تبعا لانقضاء التزام الأصيل واما بصفة أصلية فينتهي التزام الكفيل مع بقاء التزام الأصيل لأنه لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلي وسنوضح فيما يلي كل حالة من هاتين الحالتين على حدى .

1) انقضاء الكفالة بصفة تبعية في الفقه الاسلامي

كما سبق لنا وأن ذكرنا من قبل بأن التزام الكفيل التزاما تبعيا اذ تنشأ الكفالة لضمان التزام أصلي فاذا انتهى الالتزام الأصلي المكفول انقضى تبعا له التزام الكفيل لأنه اذا سقط الأصل سقط التابع وعلى هذا تنقضي الكفالة ويبرأ الكفيل من التزامه في الأحوال الآتية :

---

(1) وهذا ما نصت عليه المادة : 839 من مرشد الحيران بقولها : ((الكفالة هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين)) .

(2) سورة يوسف آية : 72 .

(3) أنظر في هذا المعنى المعاملات المالية لأحمد أبو الفتح ج 2 المرجع السابق ص : 508

وانظر أيضا أحمد ابراهيم في بحثه التزام التبرعات المرجع السابق فقرة : 61 .

(4) أنظر في ايراد هذه الأدلة ، المعاملات المالية المرجع السابق لأحمد أبو الفتح ج 2 ص : 529 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أ - اداء الدين : فبالأداء تفرغ ذمة الأصيل ويسقط الضمان عن الأصيل ولم يبق ذلك فلم يبق هذا أيضا (1) .

ب - الصلح عن الدين: فاذا صالح المدين الدائن عن الدين كله برئت ذمة المدين عن الدين واعتبر هذا بمثابة الابراء الذى يحمل معنى الاسقاط من الحق .

أما اذا صالحه المدين عن بعض الدين اعتبر هذا بمثابة ابراء عن هذا البعض اتفاق على القيام بالوفاء بالبعض الآخر واذا برئت ذمة المدين من الدين كله أو من جزء منه برئت بالتالي ذمة الكفيل مما تم التنازل والابراء عنه .

أما اذا كان الكفيل هو الذى صالح الدائن فان صالحه عن الدين كله بأن اشترى بالدين سلعة من ماله أو صالحه عن الدين بغير جنسه برئت ذمة الأصيل وبرئت تبعا لذلك ذمة الكفيل وكان للكفيل الرجوع على المدين بالدين (2) .

ج - هبة الدائن الدين للمدين أو التصدق به عليه : فالهبة تعتبر بمنزلة الأداء كما أن الصدقة تعتبر تمليكا كالهبة فهي كأداء المال أيضا وفي الأداء تبرأ ذمة الكفيل أو الضامن فكذا في الهبة والصدقة (3) .

د - الحوالة: فاذا أحال الأصيل أو الكفيل الدائن ماله على شخص آخر وقبل الدائن ذلك خرج الكفيل عن الكفالة وبرئت ذمته بالأداء لأن الحوالة تقتضي نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه عند جمهور الفقهاء فتبرأ بذلك ذمة المحيل تبعا لذلك (4) .

هـ - موت الكفيل: اذا مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني وكفيله ولكن لا يبرأ الكفيل بموت المكفول له بل تقوم ورثته مقامه في المطالبة باحضار المكفول (5) .

---

(1) أنظر في هذا المعنى البدائع للكساني ج 06 ص: 11 .
وانظر أيضا الضمان القسم الثاني في الكفالة للشيخ علي الخفيف المرجع السابق ص: 135 .
(2) أنظر البدائع للكساني ج 06 المرجع السابق ص: 15 .
وانظر أيضا المحتاج في فقه الشافعية ج 02 المرجع السابق ص: 208 .
وعلي الخفيف في كتابه الضمان القسم الثاني في الكفالة المرجع السابق ص: 127 .
(3) أنظر المرجع السابق الكساني في البدائع ج 06 ص: 15 .
وعلي الخفيف في كتابه الضمان القسم الثاني في الكفالة المرجع السابق ص: 127 .
(4) أنظر خلاف ذلك من الحنفية اذ يرى زفر أن الكفيل لا يخرج عن الكفالة بمجرد الحوالة لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة .
(5) أنظر في هذا المعنى أحمد أبو الفتح في المعاملات المالية المرجع السابق ج 2 ص 538

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

و ـ ابراء الدائن للأصيل : اذا أبرأ الدائن الأصيل من الدين برئ من دينه وبرئ تبعا له الكفيل وقد عبرت عن هذا المادة : 246 من مرشد الحيران بقولها:
((براءة الأصيل توجب براءة ذمة الكفيل)) ، كما نصت المادة : 248 من نفس القانون على مايلي:
((اذا أبرأ الدائن ذمة أحد المدينين المتكافلين فانه يبرأ عن دينه وعن دين الكفالة ويبرأ المدیون الآخر عن دين الكفالة فقط ويبقى مطالبا بما عليه من الدين أصالة لرب الدين)) .

واذا أبرأ الدائن الأصيل وكان هذا اسقاطا للدين عن ذمته وبالتالي تسقط المطالبة بالضرورة عن الكفيل لأن المطالبة بالدين أصبحت غير موجودة وابراء الكفيل يكون تبعا لابراء الأصيل وهذا مبناه القاعدة الشرعية اذا سقط الأصل سقط الفرع(1)

ومما يلاحظ أن ابراء الأصيل وتأجيله يرتدّ بالرّد وابراء الكفيل وتأجيله لا يرتدان بالرّد لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ولا التأخير عنه يوجب التأخير عن الأصيل لأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز (2) .

2) انقضاء الكفالة بصفة أصلية في الفقه الاسلامي

تنقضي الكفالة بصفة أصلية اذا أبرأ الدائن الكفيل وفي هذه الحالة يصح الابراء ويعتبر تنازلا عن الكفالة لاعن الدين أى أن الكفالة تنقضي بصفة أصلية مع بقاء أصل الدين لأن حكم الكفالة هو ثبوت حق المطالبة على الكفيل فاذا سقط الحق بسبب الابراء انتهت الكفالة (3) واذا أبرأ الدائن أحد الكفيلين فلا يبرأ الأصيل ولا الكفيل الآخر

---

(1) لقد جاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص: 61 على الخصوص مايلي:
التابع يسقط المتبوع ، ويقرب من ذلك ما قيل بسقوط الفرع اذا سقط الأصل، ومن فروعه أيضا قولهم : اذا أبرئ الأصيل برئ الكفيل بخلاف العكس .
وجاء في الفتاوى الأنقروية المرجع السابق ج 01 ص: 126 مايلي:
(براءة الأصيل انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالأداء وبالابراء فاذا كانت بالحلف فلا لأن الحلف يضير براءة الحالف)
(2) أنظر البحر الرائق لابن نجيم المرجع السابق ج 06 ص: 246 .
(3) أنظر في هذا المعنى البدائع ج 06 المرجع السابق ص: 11 .
وانظر أيضا فتح القدير ج 5 المرجع السابق ص: 411 وانظر أيضا البحر الرائق ج 6 ص 245
وانظر أيضا كتاب المعاملات المالية لأحمد أبو الفتح المرجع السابق ج 02 ص: 544 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واذا تعدد الكفلاء المتكافلون وأبرأ الدائن أحدا منهم سقط عنه الدين حتى اذا أدى أحدهم جميع الدين ورجع على أصحابه الذين كفل عنهم فليس له الرجوع على المبرأ بشيء ولو كان أصحابه معسرين والمبرأ موسرا (1) . هذا ما يراه الحنفية بصفة عامة والى هذا جنح جمهور الفقهاء من المالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4) فهم يرون أن ابراء صاحب الحق للكفيل لا يكون اسقاطا لحق الأصيل قبل المدين المكفول عنه لأنه هو المدين الأصلي المسؤول أساسا عن الدين فلا يبرأ بابراء التابع ولكن يسقط حق الدائن قبل الكفيل وليس له الا أن يطالب المدين الأصلي .

كان كل هذا فيما يتعلق بابراء الكفيل سواء تبعا أو أصلا طبقا لأحكام الشرع الاسلامي .

3) الابراء من الكفالة في القانون المدني الجزائري

لقد عرفت المادة : 644 ق.م.ج ، عقد الكفالة بقولها: ((الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه (5) .

ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة في القانون المدني الجزائري هي عقد تابع يقوم لضمان حق الدائن قبل مدينه فاذا ما قام التزام المدين وهو الالتزام الأصلي قامت الكفالة تبعا له لكي تضمن الوفاء به أما اذا لم يقم الالتزام الأصلي فلا تقوم الكفالة واذا قام الالتزام ثم انقضى انقضت الكفالة فهي تدور مع الالتزام المكفول وجودا وعدما ومن بين الطرق التي تنقضي بها الكفالة أن يبرئ الدائن المدين فيبرأ الكفيل تبعا له أو أن يقوم الدائن بابراء الكفيل دون المدين الأصلي فينقضي التزام الكفيل ويبقى التزام الأصيل باعتباره المدين الأصلي .

وهكذا نرى وأن أحكام انقضاء الكفالة بالابراء في القانون المدني الجزائري تشبه

---

(1) أنظر عكس ذلك فيما يخص ابراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين في هذا الكتاب ص: وما بعدها .

(2) أنظر في هذا المعنى في فقه المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المرجع السابق ص: 238 وكذلك شرح الخراشي ج 06 ص: 99 .

(3) أنظر في فقه الشافعية معنى المحتاج ج 02 المرجع السابق ص: 208 .

(4) أنظر في فقه الحنابلة المغني لابن قدامة ج 05 المرجع السابق ص: 83 .

(5) تقابلها المادة : 772 من القانون المدني المصري حيث هي مشابهة للمادة : 644 من القانون المدني الجزائري وهي مطابقة لها تمام الانطباق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الى حدّ كبير انقضاء الكفالة بالابراء في الفقه الاسلامي فاما أن يبرأ الكفيل بابراء الدائن للمدين وهذا ما عبرنا عنه في الفقه الاسلامي بانقضاء الكفالة بصفة تبعية واما أن يقوم الدائن بابراء الكفيل وهذا ما عبرنا عنه أيضا بانقضاء الكفالة أصلا وحتى نطلع من هذه الأحكام بالتفصيل فسنتعرض لكل حالة على حدى .

أ ـ ابراء الدائن للمدين

اذا أبرأ الدائن المدين من التزامه برئت ذمة المدين وبرئت تبعا لذلك ذمة الكفيل لأن التزامه تابع لالتزام المدين فاذا زال الأصل معه زال التابع وهذا ما نصت عليه المادة : 654/ 1 من القانون المدني الجزائري بقولها :

((يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين)) (1) .

ولا يجوز للدائن بعد أن أبرأ المدين الأصلي أن يستبقي الكفيل ملتزما بالدين لأن حق التجريد المخول للكفيل يحول دون ذلك غير أنه يجوز للدائن أن يحتفظ بالكفيل في الحالات الآتية :

1) اذا كان كفيلا متضامنا مع المدين .

2) اذا كان كفيلا عينيا مع ابراء ذمة المدين الأصلي .

3) اذا اشترط الدائن على المدين الاّ يحتج بهذا الابراء اذا اضطر الدائن أن يحل الكفيل محله ضدّ المدين)(2) .

كما أن الابراء الحاصل نتيجة الصلح مع المفلس لا يترتب عليه ابراء الكفيل من التزامه اذ أن الابراء الحاصل نتيجة الصلح مع المفلس فانه ليس تصرفا تبرعيا ولكنه عملا من جانب الدائن ويهدف من وراء ذلك الى ترك بعض دينه خشية أن يؤدي استمرار اجراءات الافلاس الى زيادة مركز المدين سوءا وبذلك يضعف احتمال حصول الدائن على

---

(1) تنص المادة : 1287 من التقنين الفرنسي على مايلي :

براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لا العكس .

(au cas de cautionnement la remis accordée au débiteur principal libere la caution mais la remise à la caution ne libere pas le débiteur principal)

(2)أنظر الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج 3 المرجع السابق ص 977 هـ رقم 01 وانظر أيضا أنور سلطان أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة : 448 ص: 405 .

أنظر في هذا المعنى بودري ولاكنتري وبارد في كتابهم الفرق بين الابراء المدني والابراء التجاري ج 03 فقرة : 1774 ص: 93 ومما جاء فيه مايلي :

la remis de dette commerciale n'est pas un acte à titre gratuit mais un acte interessé de la part des créanciers.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حقه ويظل الكفيل في هذه الحالة ملتزما بكل الدين المكفول بل ان الكفالة لا تظهر الا عند افلاس المدين فقد أراد الدائن أن يستوثق لنفسه من ذلك (1) .

وتأسيسا على ما تقدم فان الكفيل يظل ملزما بكل الدين المكفول حتى بالنسبة للجزء الذى تصالح الدائن على تركه للمفلس اذ أن هذا الجزء من الدين الذى أبرئ منه المفلس يتخلف عنه في الواقع التزام طبيعي في ذمته فيصلح هذا الالتزام الطبيعي لأن يكون التزاما أصليا تنتستند اليه الكفالة كما أن الابراء لا يعتبر في هذه الحالة بالنسبة للمفلس عملا اختياريا بالنسبة للدائن اذ تفرضه أغلبية الدائنين على الأقلية لدرجة يمكن معها القول بأنه ابراء اجبارى أما ابراء المدين فهو ابراء اختيارى وهو في الغالب ابراءا كليا من الدين خلاف الابراء التجارى فانه يكون لجزء من الدين فقط (2) .

ب ـ ابراء الدائن للكفيل

اذا أبرأ الدائن الكفيل فلا يؤدى ذلك الى ابراء ذمة المدين الأصلي لأن زوال التابع لا يتطلب زوال الأصل وذلك أن الدائن بابرائه للكفيل يكون قد نزل عن هذا الأخير واستبقى المدين الأصلي . واذا تعدد الكفلاء وأبرأ الدائن أحدهم فان ذلك لا يعني أنه أبرأ سائر الكفلاء الباقيين بل أنه يجوز له أن يطالب هؤلاء الباقين كل بقدر الحصة التي كفلها اذا كان الكفلاء غير متضامنين أو أن يطالب أيا منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذى أبرأه الدائن اذا كان قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون لأنه اذا كان متأخرا عنهم فلا يكونون قد اعتمدوا على كفالته فاذا أبرأه الدائن فلا يجوز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصة المتأخر اذا كانوا غير متضامنين أو يرجع على أى منهم بكل الدين اذا كانوا متضامنين .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور السنهورى الوسيط ج 10 فقرة 90 ص: 229

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ كاربونيه ج 02 المجلد الأول في الالتزامات فقرة 220 ص: 776.

وانظر أيضا اليكس فيل في كتابه الالتزامات طبعة 1971 فقرة : 1059 ص: 975.

وانظر أيضا الأستاذ السنهورى في كتابه الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 90ص: 227 وكذلك فقرة : 97 ص: 236.

ولقد كانت المادة : 184 من القانون المدني المصرى القديم تنص على مايلي

((لا تبرأ ذمة المدين بابراء ذمة ضامنه)) .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واذا تعدد الضامنون في دين واحد وأبرأ الدائن ذمة أحدهم جاز للباقين مطالبته بالضمان اذا كانت ضمانة سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها (1) وطبقا لأحكام المادة : 1288 من القانون الفرنسي التي تنص على مايلي:

((ان ما أخذه الدائن من الكفيل لابراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين وتبرأ بمقداره ذمة المدين وذمة الباقي من الكفلاء)) .

ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du debiteur principal et des autres caution.

وقد انتقد الفقه الفرنسي الحكم الوارد في المادة المذكورة أعلاه لما فيه من مخالفة للقواعد العامة ذلك أن نية كل من الدائن والكفيل قد انصرفت في هذه الحالة الى قيام الكفيل بدفع المقابل المذكور انما يهدف من ورائه الى ابراء ذمته من الكفالة ورضي الدائن بذلك مع ما في هذا من تعرضه لخطر عدم استيفاء الدين كله أو بعضه من المدين الأصلي ، فالعقد بين الدائن والكفيل عقد احتمالي يكون مصدر ربح للدائن فيما اذا استوفى كل حقه من المدين الأصلي وقد ينتهي به الى الخسارة فيما اذا لم يستوف حقه أو لم يستوف الا جزء منه فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الخطر الذى عرّض نفسه له فهو ضرب من التأمين (2) .

ولم يقم المشرع الجزائرى بنقل هذا النص وهذا تماشيا منه مع المشرع المصرى الذى لم ينص هو أيضا على مثل هذا الحكم ولذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ولتطبيق هذه القواعد لابد أن تكون العبرة بنية الطرفين الدائن والكفيل فاذا قصد أن يفتدى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين برئت ذمة الكفيل ولا يرجع عليه الدائن اذا لم يستوف كل حقه من المدين ولا يرجع هو بما أعطاه وكذلك لا يرجع على الدائن حتى لو استوفى هذا الأخير كل حقه من الدين من المدين ، أما اذا قصد أن يستنزل

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 167 .

(2) أنظر في هذا المعنى هنرى وليون وجان مازو في كتابهم الالتزامات في القانون الفرنسي ج 02 طبعة 1966 فقرة : 1201 ص: 992 .
وانظر أيضا مارتي ورينو ج 2 كتاب الالتزامات في فقه القانون الفرنسي المجلد الأول المرجع السابق فقرة : 852 ص: 857 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المقابل من الدين لم تبرأ ذمة الكفيل من باقي الدين ويرجع عليه الدائن اذا لم يستوف من المدين ما بقي من حقه ويرجع هو على المدين أى الكفيل بما أعطاه للدائن وعند الشك يكون المفروض أن الدائن يأخذه بمقابل من الكفيل الذى أراد ابراء ذمته من الكفالة ويكون للدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع بكل الدين على المدين اذ لو أراد استنزال المقابل من الدين لاستبقى الكفيل لأن يرجع عليه فيما اذا لم يستوف من المدين حقه (1) .

4) **الأسباب الأخرى التي تؤدى الى ابراء الكفيل أيضا**

لقد علمنا فيما تقدم ذكره أن الكفالة تنقضي بصفة تبعية أو بصفة أصلية وهذا طبقا للقواعد العامة غير أن هناك أسباب خاصة ينقضي بها التزام الكفيل وتبرأ ذمته نهائيا من ذلك الالتزام المترتب عن الكفالة وهذا ما سنحاول توضيحه بذكر هذه الأسباب حسب مايلي:

أ - براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات :

تنص المادة : 656 من القانون المدني الجزائرى وتقابلها المادة : 784 من القانون المدني المصرى على مايلي:

1) تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذى أضاعه الدائن من الضمانات .

2) ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون .

ان هذا النص يبرىء ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ولماكان الأمر يتطلب نوع من الشرح والتفصيل فاننا سنقوم ببحث النقاط الآتية:

1) ماهم الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم ؟

2) ماهو الأساس الذى تقوم عليه براءة الدائن ؟ .

3) ماهو نوع الخطأ الذى يرتكبه الدائن ؟

4) ماهي الضمانات التي يضيعها الدائن بخطائه ؟ .

---

(1) أنظر في هذا المعنى المرجع السابق الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه الوسيط ج 03 فقرة : 583 ص: 979.

أنظر أيضا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 167 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

5) وأخيرا ماهي الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل ؟

1) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم :

نقول بادى ذى بدء ان كل كفيل شخصي يحق له التمسك ببراءة ذمته وهذا حسب ما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه وسواء كان ذلك الكفيل متضامنا أو غير متضامن اذ أن الكفيل الغير المتضامن يجوز له حق التمسك ببراءة ذمته وهذا اذا ارتكب الدائن خطأ ضيع به التأمينات على الكفيل ولا يستطيع الدائن أن يعتبر الكفيل الغير المتضامن مسؤولا في هذه الحالة وحتى لو كان الكفيل متضامنا مع المدين فانه يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته اذا ارتكب الدائن خطأ أضاع عليه التأمينات فالقانون كما يبدو من خلال المادة : 556 ق.م.ج لا يميز بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن (1) بل يستطيع الكفيل الاحتياطي والكفيل في شؤون الجمارك أن يتمسك ببراءة ذمتهما أيضا كما يستطيع أن يتمسك ببراءة الذمة الكفيل الذى نزل عن الدفع بالتجريد (2) وكذلك يستطيع التمسك ببراءة الذمة الكفيل العيني فهو كفيل ركز كفالته في عين معينة بالذات (3) غير أنه لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الحائز للعقار وهو المشترى للعقار الذى رهنه المدين في الدين اذ أن هذا المشترى ليس بكفيل ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته أيضا المدين المتضامن مع غيره من المدينين المتضامنين لأن المدين المتضامن انما يلتزم لمصلحته هو أما الكفيل فيلتزم لمصلحة غيره وهو المدين فيجب اذن أن تكون حمايته أوسع من حماية المدين المتضامن ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمة الوسيط اذ هو ليس بكفيل .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ السنهورى في كتابه الوسيط ج10 المرجع السابق فقرة : 101 ص: 241 .

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور السنهورى في كتابه الوسيط المرجع السابق ج 10 فقرة : 101 ص: 242 .

وفي هذا الصدد لقد قضت محكمة استئناف مصر في 29 يونية 1935 بقرار منشور بمجلة المحاماة عدد 2 رقم 265 مايلي: ((اذا قصر الدائن المؤجر في توقيع الحجز الامتيازى على زراعة المستأجر كان هذا تقصيرا منه في اضاعة التأمينات الخاصة يبرئ ذمة الكفيل ولكن لا تقتصر فيما اذا جاء الدائن وعمل من الطريق الودى على الاستفادة من هذا الامتياز ببيع المحصول بالتراضي مع المدين)) .

(3) أنظر في هذا المعنى أوبرى وروفي كتابهم التأمينات العينية والشخصية ج 1 المرجع السابق فقرة : 429 ص: 302 وكذلك بلانيول وريبير وسافتيه في كتابهم شرح القانون المدني الفرنسي المرجع السابق فقرة : 1558 .

أنظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق فقرة: 148 ص: 200 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

2) الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل :

تبرأ ذمة الكفيل لأن الدائن قد تسبب بخطائه في جعل الكفيل محلـه في ضمانـاته مستحيلا وقد كان من حق الكفيل أن يحل محل الدائن في هذه الضمانات فاذا أضاع الدائن هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل في كفالته للدين كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضاعه الدائن من ضمان ويمكن أن يضاف الى السبب المتقدم سببا آخر وهو أن الكفيل من حقه أن يحل محل الدائن في الضمانات التي كانت لهذا الأخير بسبب الخدمة التي يؤديها الكفيل للدائن (1) وقد أريد جعل الدفع بالتجريد أساسا تقوم عليه براءة ذمة الكفيل ولكن ذلك لا يستقيم مع جعل الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل **الذى يرجع الى** القانون الروماني فقد كان هذا القانون هو الذى يبرئ ذمة الكفيل والدليل على ذلك أن الكفيل القضائي لم يكن له حق التجريد في هذا القانون ومع ذلك كان من الكفلاء الذين تبرأ ذمتهم في حالة اضاعة الدائن لتأمين بخطائه (2) .

3) نوع الخطأ الذى يرتكبه الدائن

يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه اضعاف التأمينات التي له مثل أن يبرئ الدائن أحد الكفلاء أو أن ينزل عن رهن ترتب لمصلحته كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل في إتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن ترتب لضمان كأن يهمل تجديد قيد الرهن الرسمي أو كأن يبيع بثمن بخس القيم التي ارتهنها ضمانا لحقه أو أن يتأخر في استيفاء حقه من دائنين كان له أن يتقدم عليهم (3) ويكون الدائن مسؤولا أيضا اذا هو جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوك له فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف المدين من أثر هذا الرهن كذلك يكون الدائن

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ فورنيه Fournier في تعليقه في المجلة الانتقادية لسنة 1887 عدد 06 فقرة : 41 ص: 55 .

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور السنهورى في كتابه الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 102 ص: 243 .

وانظر في هذا المعنى حكم محكمة النقض الفرنسية صادر في 16 نوفمبر 1938 جازيت ذى باليه 1939 . ص: 120

أنظر أيضا نقض فرنسي صادر في 8 يونية 1913 منشور بدالوز 1914 . ص: 90

(3) أنظر في هذا المعنى الدكتور السنهورى في كتابه الوسيط ج 10 فقرة 103 ص 244 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مسؤولا اذا هو أنقص من قيمة العقار بأن استأجره لمدة طويلة ولا يكون الدائن مسؤولا عن الخطأ الذى يرتكبه الغير ولا عن الخطأ الذى يرتكبه الكفيل نفسه ولا يكون مسؤولا عن الخطأ الذى يرتكبه هو اذا اشترك الكفيل في الخطأ كما لا يكون مسؤولا عن الخطأ الذى يرتكبه في اهماله الحصول على ضمان جديد (1) .

4) الضمانات التي يضيعها الدائن بخطأه

ان الضمانات التي يمكن أن يضيعها الدائن بخطأه فقد كان هناك رأى يحددها بالضمانات الاتفاقية كالرهن الرسمي والرهن الحيازى ولكن الرأى الذى ساد في هذا الصدد فيما بعد هو أن يدخل أي تأمين حتى لو كان تأمينا قانونيا كحقوق الامتياز فقد ورد نص المادة : 651 من القانون المدني الجزائرى صريحا في هذا المعنى بل حتى لو كان تأمينا قضائيا كحق الاختصاص بل يدخل في هذا المعنى حق الحبس وأيضا حق الدائن في الفسخ (2) كما قام خلاف فيما اذا كان يدخل في هذه الضمانات التأمينات التي توجد بعد قيام الكفالة فقد ذهب رأى الى القول بأن هذه التأمينات لا تدخل ولا تدخل الا التأمينات التي كانت موجودة عند قيام الكفالة ولكن الرأى الذى ساد فيما بعد أيضا والذى أخذ به التقنين المدني الجزائرى صراحة (3) هو أن جميع التأمينات تدخل في الضمان سواء ما وجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة اذ قرر في الفقرة الثانية من المادة : 656 بأن الضمانات المقصودة في هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو كان تقرر بعد الكفالة وكذلك كل

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ السنهورى في مرجعه السابق وفي نفس الموضع . وانظر كذلك الدكتور محمود جمال الدين زكي في كتابه التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق فقرة : 52 ص: 81 .

أنظر أيضا منصور مصطفي منصور في كتابه عقد الكفالة المرجع السابق فقرة : 38 ص: 73

(2) أنظر في هذا المعنى أحمد سلامة في كتابه عقد الكفالة المرجع السابق فقرة 17 ص 35 محمد لبيب شنب في التأمينات العينية والشخصية فقرة : 321 ص: 271 وما بعدها .

أنظر أيضا الأستاذ سمير تناغو في التأمينات الشخصية والعينية فقرة : 36 ص: 89 .

(3) أنظر نص المادة : 656/ 2 من القانون المدني الجزائرى والسابق الاشارة اليها في هذا الكتاب ص: 196 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ضمان مقـرر بحكم القانون (1) .

5) **الشـروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل**

حتى تبرأ ذمة الكفيل يجب أن يثبت أنه قد أصـابه ضررا من عمل الدائـن وأن يتمسك ببراءة ذمته ، ولا يكون هناك اتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن ، اذن فيجب على الكفيل أن يثبت أولا أنه قد أصابه ضررا من عمل الدائن فلا يجوز للكفيل مثلا أن يتمسك ببـراءة ذمته اذا ما نزل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة بحيث لا يسعه أصـلا في تقاضي حقـه أو نزل عن كفيل في مقابل أن يحل محله كفيل آخر يماثله اليسار كذلـك لا يجوز للكفيل أن يطلب بـراءة ذمته اذا رضي الدائن ببيـع أشيـاء مرهونـه لـه بثمـن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ولو بيعـت هذه الأشيـاء دون اتباع الاجـراءات التي رسمها القانون (2) ويجب أيضا أن يثبت الكفيل أن الضرر الذي أصابـه من عمل الدائـن هـو ضررا محققا وليس ضررا محتمل ويطالب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر فمثلا لـو كان للدائن رهنان رسميان على منزلين قيمة كل منهما 10.000 دينار وكان حقه يبلـغ 20.000 دينار ونزل الدائن عن رهنـه على أحد هذين المنزلين ، فالكفيل لـم يصبـه من الضرر الاّ بمقدار النصف فيطالب بـراءة ذمته بهذا المقدار فحسب وبالطبع فالكفيـل هو الذي يثبت مقدار ما أصـابه من ضـرر بعمل الدائن لأنـه هو الذي يطالـب بـراءة ذمته فعليه أن يثبت ما يبـرر ذلك (3) .

كما يجب على الكفيل أيضا أن يتمسك ببراءة ذمته فلا يعطي الحـق في بـراءة الذمة الاّ اذا طالب ذلك ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته الاّ اذا رفـع الدائن عليه الدعوى ويتمسك هو ببراءة ذمتـه أو بدعوى يرفعها هو على الدائن (4) ولكن يجوز له اذا رفع الدائن عليه الدعوى أن يتمسك ببراءة ذمته في أي وقت حتى تحجز القضية للحكم وله أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ولكن لا يجوز له أن يتمسك

---

(1) أنظر الأستاذ السنهوري الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 105 ص : 247 .

(2) أنظر نقض فرنسي في 2 ديسمبر 1903 منشور بدالوز بتاريخ : 01/ 02/ 1905 .

(3) أنظر في هذا المعنى الأستاذ السنهوري في كتابه الوسيط ج 10 المرجـع السابق فقرة : 105 ص : 248 .

(4) أنظر في هذا المعنى الأستاذ محمد كامل مرسي في كتابه التأمينات الشخصية والعينية فقرة : 76 .

وعبد الفتاح عبد الباقي في كتابه التأمينات العينية والشخصية فقرة : 153 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض أي أمام المجلس الأعلى لأن التمسك ببراءة الذمة لايعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل . ويجب ثالثا وأخيرا أن لا يكون هناك اتفاقا بين الدائن والكفيل على الا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أي على عدم حلول الكفيل محل الدائن فاذا أوجد هذا الاتفاق امتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يحل محل الدائن في اضاعة هذه التأمينات (1) .

ب ـ عدم اتخاذ الدائن للاجراءات ضد المدين وبراءة ذمة الكفيل

تنص المادة : 657 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها وتتطابق معها نص المادة : 785 من القانون المدني المصري على ما يلي :

((لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، غير أن ذمة الكفيل تبرأ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا)) (2) .

ويفترض القانون المدني الجزائري والقوانين العربية التي تماثله في حكمه أن الدين المكفول قد حلّ وأن الدائن لم يتخذ الاجراءات الضرورية للمطالبة بالدين اذ أنه تأخر في اتخاذها وفي هذه الحالة أعطى القانون للكفيل حق انذار الدائن في اتخاذ الاجراءات المطلوبة والمناسبة فاذا لم يتخذها في خلال ستة أشهر من وقت الانذار ولم يقدم المدين الكفيل ضمانا كافيا برئت ذمة الكفيل من الكفالة ويتم هذا الانذار من وقت حلول أجل الدين الأصلي لا قبله حتى ولو كان الدائن قد منح المدين أجلا فللكفيل أن يتجاهل هذا الأجل اللّهم الا اذا كان القاضي قد منح المدين أجلا فليس للكفيل أن ينذر الدائن قبل انقضائه غير أن ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد عدم اتخاذ الدائن لاجراءات التنفيذ فاذا حلّ الدين المكفول كان للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ فاذا لم يتخذها أو تأخر في اتخاذها لم تبرأ ذمة الكفيل لذلك بل يبقى ملتزما بالكفالة وذلك لأن للكفيل اذا وفى الدين عند حلول الأجل له الحق في الرجوع على المدين حتى لو مدّ الدائن الأجل للمدين دون رضاء الكفيل ، وكل الأعمال التي يمكن أن تؤثر في حق الكفيل أو تنقص منه يجب أن يسأل عنها الدائن وهذا طبقا لقواعد المسؤولية ما دام قد ترتب عليه ضررا للكفيل .

---

(1) أنظر السنهوري في كتابه الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة 105 ص: 247 وما بعدها

(2) تقابلها المادة: 751 من القانون المدني السوري والمادة: 797 من التقنين المدني العراقي والمدتين: 1036 ، 1179 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولكن الكفيل لا يحق له اتخاذ أي احتياطات قبل أن ينذر الدائن ليتخذ هو هذه الاجراءات الواجبة قانونا عند حلول أجل الدين وهذا طبقا لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة : 657/ 2 ق م مج والعبرة في ذلك بحلول الأجل الأصلي فاذا حلّ هذا الأجل جاز للكفيل انذار الدائن حتى لو أن الدائن مدّ للمدين في الأجل المحدد أصلا والذى يترتب على انذار الكفيل للدائن حسب المادة: 657/ 2 أن تبرأ ذمته اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات اللازمة ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا ويجب أن يكون هذا الضمان قبل انقضاء ستة أشهر المنصوص عليها في المادة : 657/ 2 ق م مج وكان بعض الفقهاء (1) يرون كما ذكرنا من قبل أن المدة المقررة بستة أشهر والمنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه تعتبر مدة أطول من اللازم ، وكان من الواجب جعلها شهرا كما فعل المشرع السويسرى وغيره من القوانين الأخرى (2) .

والكيفية التي تتم بها عملية الضمان بين المدين والكفيل هي أن يتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تنفيذه للكفيل وقاضي الموضوع هو الذى يقدر عند المنازعة ما اذا كان هذا الضمان الذى يقدمه المدين للكفيل ضمانا كافيا فاذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافي وصل الكفيل الى ما يبتغيه وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين فاذا دفع المدين الدين للدائن وقف الأمر عند هذا الحدّ وبرئت ذمة المدين وبرئت ذمة الكفيل تبعا لذلك أما اذا لم يدفع الدين للدائن ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين كان لدى الكفيل الضمان الكافي الذى قدمه المدين

---

(1) أنظر الأستاذ السنهورى الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 107 ص: 251 .
وانظر أيضا محمد لبيب شنب التأمينات العينية المرجع السابق فقرة : 324 ص: 279 .
سمير تناغو التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق فقرة: 39 ص: 98 .
أنظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية المرجع السابق فقرة: 156 ص: 250 هامش رقم 01

2) ويرى الأستاذ سمير تناغو في هذا الموضوع مايلي : ان مدة الستة أشهر المنصوص عليها في المادة 657/ 2 والمقابلة المادة 785/ 2 من القانون المدني المصرى تعتبر مدة أطول من اللازم وكان من الواجب جعلها شهرا واحدا كما فعل المشرع السويسرى في المادة 502 من قانون الالتزامات السويسرى .
والقانون المدني العراقي في المادة 1036/ 2 حيث تنص على مايلي :

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فيدفع الدين للدائن ويستوفيه من هذا الضمان (1) .

وما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته هنا لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم فانه لا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بل لا بد من تمسك الكفيل به وللكفيل أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا عند انعقاد الكفالة أو بعدها .

جـ ـ عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

تنص المادة : 658 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة : 786 من القانون المدني المصري وهي مطابقة للمادة الجزائرية تمام الانطباق بما يلي :

((اذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة والاّ سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن))

ومؤدى هذا النص (2) أنه اذا كان المدين تاجرا وتم شهر افلاسه فان أجل الالتزام المكفول يسقط في هذه الحالة ويتعين على الدائن أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين ويتقاضى من هذه التفليسة المقدار الذي يصيبه بحسب قيمة هذا الحق فاذا لم يفعل لا يتحصل على شيء من تفليسة المدين فاذا أراد الرجوع على الكفيل سقط حقه في الرجوع على الكفيل بما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه في تفليسة المدين وقد اقتبست المادة : 658 المقابلة للمادة : 786 وهي التي تقرر هذا الحكم من كل من المادة : 511(3) من تقنين الالتزامات السويسري وقانون الالتزامات البولوني

---

* ((ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به أن ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الاجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر فاذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة)) .

أو تحدیدها بشهرين كما فعل مشروع القانون الفرنسي الايطالي في المادة : 739 .

(1) أنظر السنهوري في كتابه الوسيط ج 0 1 المرجع السابق فقرة : 109 ص: 254 وجميل الشرقاوي التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق فقرة : 28 ص: 78 ، 79 . منصور مصطفى منصور التأمينات الشخصية والعينية طبعة 1974 فقرة 39 ص: 80 . أنظر عبد الودود يحيى الحقوق العينية المرجع السابق فقرة : 51 ص: 76 . أنظر أيضا الابراء من الالتزام للدكتور عبد الرزاق حسن فرج فقرة : 162 ص: 214 المرجع السابق .

(2) أنظر المادة 752 من القانون المدني السوري والمادة 795 من القانون المدني الليبي والمادة 1028 من القانون المدني العراقي والمادة 1073 من قانون العقود والموجبات اللبناني وكل هذه المواد متشابهة ومطابقة لنص المادة 658 من القانون المدني الجزائري .

* (3) تنص المادة : 511 من قانون الالتزامات السويسري على مايلي :

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المادة : 643 وغني عن البيان القول بأن الكفيل لا يستطيع التقدم في ظل القانون المدني الجزائري في تفلسة المدين الا اذا دفع الدائن حقه وبالتالي لم يبق الا أن يتقدم الدائن نفسه بحقه في تفلسة المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ثم يرجع بالباقي على الكفيل فاذا لم يفعل الدائن ذلك كان مقصرا وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره .

فلا يرجع على الكفيل الا بالباقي من حقه بعد خصم ما كان ليحصل عليه لو أنه تقدم في تفليسة المدين ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يطالب استنزال ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين سواء كان ذلك في صورة الدعوى أو في صورة الدفع فلا يبرأ الكفيل بقوة القانون من هذا المقدار بل لابد له من الطلب .

ويبقى أن نشير أن هذا هو الحكم أيضا في حالة اعسار المدين فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال ثم يرجع بالباقي له على الكفيل واذا كانت المادة : 658 مدني جزائري لم تتعرض الا لحالة افلاس المدين فان ذلك لم يكن الا تطبيقا للقواعد العامة من حيث التزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب والا كان الدائن مسؤولا عن ذلك نحو الكفيل .

ويلاحظ أخيرا أن حق الكفيل في هذا الشأن ليس متعلقا بالنظام العام فيجوز له النزول عنه وليس للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه (1) .

---

* ((إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة ووجب عليه كذلك إخطار الكفيل بالافلاس بمجرد علمه واذا لم يفعل الدائن ذلك فقد حقه قبل الكفيل بقدر ما نال هذا من ضرر من جراء هذا الاهمال)) .

أما المادة : 643 من قانون الالتزامات البولوني فتنص على مايلي :

((يضمن الدائن الذي لم يتقدم في تفليسة المدين الضرر الحاصل من جراء ذلك للكفيل))

(1) أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط ج 0 1 المرجع السابق فقرة: 111 ص 256 . 257 .

وانظر أيضا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية في المرجع السابق فقرة : 157 .

أنظر أيضا محمد لبيب شنب التأمينات العينية المرجع السابق فقرة : 325 ص: 280 .

وانظر أيضا الدكتور سمير تناغو التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق فقرة 30 ص: 99

وأخيرا أنظر الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 214 ، 215 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفـــرع الثـــاني
انقضـــاء التأمينات العينيـــة

ان التأمينات العينيـة تتلخص في تخصيص مال معين يكون عادة مملوكا للمدين لتأمين حق الدائن فيكون للدائن حق عيني على هذا المال يتقدم به أولا على الدائنين العاديين بل والدائنين الأنزل في المرتبة في استيفاء حقه من هذا المال من الخاص وهذا في حالة بيعه كما يستطيع تتبعه في يد من انتقل اليه بل يستطيع أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي منه حقه (1) .

ويعرف التقنين المدني الجزائري أربعة أنواع من التأمينات العينية وهي :

1) الرهن الرسمي .
2) الرهن الحيازي .
3) حق الاختصاص .
4) حق الامتياز .

وجميع هذه الحقوق تعتبر حقوق تبعية للحق الشخصي فاذا وجد وجدت معه واذا انقضى انقضت معه ، ومن بين أسباب انقضاء الحق الشخصي انقضاؤه بالابراء وعليه فسنتعرض لكل نوع من أنواع التأمينات العينية على حدى وذلك باعتباره كأثر من آثار ابراء الدائن لمدينه .

1) الرهن الرسمي

الرّهن الرسمي سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد رسمي على عقار معين تخوله أن يستفي حقه من ثمن هذا العقار وذلك بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون وهذا ما نصت عليه المادة : 882 من القانون المدني الجزائري .

فاذا أبرأ الدائن مدينه من الدين وكان مضمونا برهن رسمي فانه ينقضي بصفة تبعية تبعا لانقضاء الدين بالابراء لأن الرهن الرسمي وهو تأمين عيني يدور مع الدين وجودا وعدما فطالما أنه موجود فان الرهن يبقى قائما لضمانه واذا انقضى بالابراء أو بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط ج 10 المرجع السابق ص: 06، 07 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

انقضى تبعا لـه لأن الرهن تابع والدين أصل (1) .

فاذا صدر الابـراء من الدائن ووصل الى علم المدين ولم يرد في المجلس الذى علم بـه فيه لـم يكن لـه أن يـرده بعد ذلك ، أما اذا ردّ المدين الابـراء في المجلس فانه يرتدّ بـرده ويـزول أثـره ويظل الدين قائما في ذمـة المدين بجميع التأمينـات التي تضمنه للوفاء به (2) وهذا ما نصت عليه المادة : 933 من القانون المدني الجزائرى بقولها :

((ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه اذا زال السبب الذى ينقضي به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبهـا فـي الفترة ما بين انقضاء الرهن وعـودته)) (3) .

ويعتبر هذا النص ما هو الاّ تطبيقا للقواعد العامة في تبعية الرهن للديـن المضمون في نشأته وفي انقضائه والمنصوص عليها في المادة : 893/ 1 ق.م.ج اذ تنص هذه المادة على مايلي :

((لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه التأمينـات العينية والشخصية ج 10 المرجع السابق فقرة : 358 ص: 632 .

وانظر أيضا الدكتور سليمان مرقس في كتابه التأمينات العينية والشخصية طبعة 1959 . فقرة 86 ص: 286 .

(2) أنظر ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص:

(3) هناك من يرى خلاف هذا الرأى ويفرق بين التأمين المقدم من طرف المدين والتأمين المقدم من الغير وفي هذا الصدد يعللون على ذلك بمايلي :

ان رد الابراء وان كان يعود به الدين بجميع مقوماته وصفاته ودفوعه يجب القول بـأن التأمينات المقدمة من غير المدين لا تعود كالكفالة والتضامن لأن الابراء تنقضي بـه مـع الدين جميع تأميناته فليس من المنطق أن يحق للمدين بارادته وحده أن يلزم الغيـر بعودة التزاماته التي سقطت عنه .

أنظر في هـذا المعنى الأستاذ أحمد مصطفى الزرقاء في كتابه شرح القانون المدنـي السورى النظرية العامة للالتزام الكتاب الثاني أحكام الالتزام الطبعة الأولى : 1965

ونحن بدورنا نميل الى ترجيح هذا الرأى لأنه الأقرب الى الصواب والعدالة اذ لا يعقل أن يلتزم شخص بغير ارادته .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وما يستنتج من هذين النصين السابقين أن الرهن الرسمي ينقضي تبعا لانقضاء الدين بالابراء أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء والمقاصة أو التقادم ولانقضاء الرهن بصفة تبعية على حسب ما ذكرناه سواء بالابراء أو بغيره من الأسباب الأخرى لابد أن يكون انقضاءا كليا فاذا كان الابراء جزئيا وبقي من الالتزام المضمون والمبرأ منه جزءا مهما كان قليلا فان الرهن لا ينقضي ويظل قائما وهذا تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن التي نصت عليه المادة : 892 من القانون المدني الجزائري بقولها:

((كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو بالعقارات كلها مالم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك)) .

وبهذا يكون الرهن بحسب الأصل غيرقابل للتجزئة سواء من حيث العقار المرهون أو من حيث الدين المضمون بالرهن (1) وغني عن البيان أن الشريعة الاسلامية قد عرفت قاعدة عدم تجزئة الرهن وهكذا يقرر جمهور فقهائها أن الرهن متعلق بجملة الحق المرهون وببعضه (2) .

على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام فيجوز أن يتفق كل من الدائن المرتهن والراهن على أن العقار المرهون يتحرر من الرهن بالقدر الذى انقضى من الالتزام المضمون بالرهن ويجوز للدائن المرتهن أيضا أن ينزل عن التمسك بهذه القاعدة صراحة أو ضمنا ويكون نزوله صحيحا وقد أشارت الى ذلك المادة 892 من القانون المدني الجزائري على أنه اذا زال السبب الذى ترتب عليه انقضاء الالتزام كأن يكون الابراء باطلا لعيب في الرضا كحالة ما اذا كان المبرئ قد أكره على الابراء أو كان

---

(1) أنظر في هذا المعنى الأستاذ السنهوري الوسيط ج 10 فقرة 340 ص: 616 وما بعدها وانظر أيضا سليمان مرقس التأمينات العينية الشخصية المرجع السابق فقرة 186 ص 286 وانظر أيضا انقضاء الرهن بصفة تبعية للأستاذ بلانيول وريبير ج 13 ص 1308 وما بعدها

(2) أنظر في هذا المعنى بداية المجتهد لابن رشد ج 02 بدون تاريخ ص: 259 .

كما تنص المادة : 989 من مرشد الحيران على مايلي:

اذا قضى الرهن بعض الدين فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض الرهن بل يحبسه الى استيفاء ما بقي ولو قليلا .

أشار الى هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 200 هامش رقم 01 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الابراء قد صدر ممن لا تتوفر فيه الأهلية ، أوأبطل الوفاء لأن الموفى به غير مملوك للموفي أو زال اتحاد الذمة فان الدين يعود الى الوجود ويعود معه الرهن (1) وعودة الرهن على هذا النحو ينبغي الأيضر بحقوق الغير حسن النية الذى لا يعلم بالعيب الذى كان يشوب سبب انقضاء الرهن التي كسبها في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته كأن يكون هذا الغير قد اكتسب ملكية العقار أو أى حق عيني آخر عليه في هذه الفترة كحق الانتفاع أو الرهن رغم شهرها طبقا لما يقضي به القانون كان لأصحابها الاحتجاج بها في مواجهة الدائن (2) وهذا الذى ذكرناه يتفق مع اتجاه المشرع في حماية الغير الحسن النية والثقة المشروعة .

غير أن الرهن الرسمي قد ينقضي بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون به وهذا بقيام الدائن المرتهن بالنزول عن الرهن مع عدم ابراء المدين من الالتزام الذى يضمنه الرهن كما قد ينقضي بتطهير العقار المرهون وهذا ما نصت عليه المادة 934 من القانون المدني الجزائرى .

((اذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا))

أو أن العقار المرهون قد بيع بيعا جبريا بالمزاد العلني حيث تنص المادة 936 من القانون المدني الجزائرى على مايلي:

((اذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى تسلم اليه العقار عند التخلية فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بايداع الثمن الذى رسا به المزاد أو بدفعه الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من الثمن)) .

وينقضي أيضا باتحاد الذمة وبهلاك العقار المرهون وفي جميع هذه الأحوال

---

(1) أنظر في هذا المعنى المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصرى فقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون ج 07 ص: 148 ، 149 مايلي:

ينقضي حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين فاذا انقضى الدين قد انقضى ثم عاد بسبب زوال انقضائه كأن كان الوفاء باطلا أو كان الابراء صادرا من غير ذى أهلية يرجع الرهن برجوع الدين ولكن اذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقا عينيا ما بين انقضاء الرهن وعودته يجب احترام هذا الحق .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور السنهورى الوسيط ج 10 فقرة : 340 ص: 616 . 617 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ينقضي الرهن الرسمي دون أن ينقضي معه الدين الأصلي ولعل أهم ما يتطلب البحث الدقيق في هذا الصدد النزول عن حق الرهن مع عدم ابراء المدين من الالتزام المضمون بالرهن (1) .

فقد يحدث أن ينزل الدائن المرتهن عن حق الرهن الذى تقرر لمصلحته وهذا النزول جائز طبقا للقواعد العامة التي تقضي بجواز النزول عن الحقوق العينية التبعية (2) وهو يتم بارادة الدائن المنفردة ويتم بمجرد اتصاله بعلم المدين(3) دون حاجة الى قبول الراهن وقد يكون هذا النزول صريحا كما قد يكون ضمنيا يستخلصه القاضي من الظروف كأن يضمن المرتهن للمشترى خلو العقار المرهون وكذلك فانه في صور التنازل الضمني .

واقعة اشتراك الدائن المرتهن للمفلس مع دائنيه الآخرين في تبادل الرأى بشأن انشاء عقد الصلح فمجرد الاشتراك في هذه المناقشة يكون قرينة النزول عن الرهن

---

(1) أنظر في هذا المعنى أى النزول عن حق الرهن الأستاذ الدكتور السنهورى في كتابه الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 378 وما بعدها .

أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوى أحكام الالتزام المرجع السابق فقرة 179 ص: 246 ، 247 .

أنظر أيضا سليمان مرقس في كتابه التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق فقرة 190 ص: 289 ، 290 .

وانظر أيضا سمير تناغو في كتابه التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق فقرة 133 ص: 328 .

(2) أنظر بحث للأستاذ رينو في النزول عن الحقوق تحت عنوان :

la renonciation à on droit

وهو منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي سنة 1936 ص: 763 وما بعدها و فقرة : 16 ص: 772 من نفس المجلة .

(3) انظر في هذا الصدد ماقضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر في 04/ 10/ 1946 بمجموعة عمر ج 05 ص: 149 بقولها .

ان نزول الدائن عن الرهن يقصد به انقضاؤه نهائيا على الحق العيني يعتبر عملا قانونيا من جانب واحد لا يلزم فيه قبول الراهن أو الحائز ومن ثم يلتزم به بمجرد صدوره منه ولا يجوز العدول عنه بعد ذلك .

أشار الى هذا الحكم الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 202 هامش رقم : 02 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ولو لم يتم الصلح فعلا ومنها أيضا واقعة التصويت على الصلح الذى نصت عليه المادة 319/ 3 من القانون التجارى الجزائرى بقولها:

((ويؤدى التصويت على الصلح الى ذلك التنازل بقوة القانون بشرط أن تتم الموافقة على الصلح والتصديق عليه)) ومنها أيضا حالة التوقيع على الصلح المادة: 320 ق.م.ج ولا يشترط افراغ هذا النزول في ورقة رسمية ولكن يشترط طبقا لأحكام قانون الشهر العقارى محو القيد بعد انقضاء الرهن بالنزول اما بتقرير رسمي من الدائن أو بحكم نهائي .

وما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد أن نزول الدائن المرتهن عن الرهن الرسمي لا يمس بأصل الدين المضمون بالرهن اذ يظل هذا الدين موجودا بالرغم من انقضاء الرهن بالنزول عنه ، ولما كان في النزول عن الرهن تعريضا للدائن المرتهن لخطر عدم الحصول على حقه وتقليلا لفرص استيفاء الدين فانه يشترط أن تتوفر لدى الدائن المرتهن أهلية التبرع لأن النزول عن الرهن يعتبر تصرفا ضارا ضررا محضا كالابراء من الدين وقد عبر المشرع الجزائرى عن هذا الحكم صراحة وهو يتحدث عن الرهن الحيازى اذ نصت المادة : 965 ق.م.ج والتي تقابلها المادة : 1113 من القانون المدني المصرى على مايلي:

ينقضي الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :

- اذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق . . .الخ

أما بالنسبة للمشرع المصرى فمما جاء في المادة : 1113 على الخصوص مايلي:

ينقضي الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :

اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في ابراء ذمة المدين من الدين . . .الخ

وهكذا يلاحظ أن المشرع الجزائرى لم ينص كما فعل المشرع المصرى في الفقرة الأولى من المادة المصرية المذكورة أعلاه والتي تنص على أن يكون المتنازل عن الرهن الحيازى ذى أهلية كاملة للتنازل عن الرهن الحيازى اذ اكتفى المشرع الجزائرى بالاشارة الى أن الرهن الحيازى ينقضي بتنازل الدائن عن حقه في الرهن دون الاشارة الى شرط الأهلية وهكذا تثور مشكلة توافر الأهلية بالنسبة للقانون المدنى الجزائرى في حالة تنازل المرتهن عن الرهن وخاصة اذا علمنا أن التنازل عن الرهن شأنه شأن

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

النزول عن الدين بالابراء فكلاهما يعتبر من أعمال التبرع يتم دون مقابل ولكي يكون صحيحا لابد أن يكون المتنازل بالغا سنّ الرشد غير محجور عليه لأن تصرفات المتبرع تعتبر من الأعمال الضارة بصاحبها ضررا محضا غير أنه يمكن في الحالة التي لم ينص فيها المشرع الجزائري على هذا الحكم تطبيق القواعد العامة في شأن تنازل الدائن عن حق الرهن وعليه فاذا كان المتنازل صبيا مميزا كان تنازله أو ابراؤه باطلا بطلانا مطلقا وهذا تطبيقا لأحكام المادة : 83 من قانون الأسرة الجزائري .

ولا يصح لا للوصي ولا للقيم أن ينزل عن الرهن أو أن يبرئ ذمة المدين المرتهن بشرط توافر أهلية التبرع لديه (1) وان كان هناك من يرى في الفقه الفرنسي بأن الأهلية المطلوبة في التنازل عن الرهن هي أهلية التصرف في العقار وليست أهلية التصرف في الدين (2) .

أما اذا كان النزول عن الرهن قد يتم بعوض حصل علية الدائن المرتهن فانه يكفي أن تتوفر لديه أهلية القيام بالأعمال التي تدور بين النفع والضرر (3) .

وتأسيسا على كل ما تقدم يمكن لنا أن نقول بأن الرهن الرسمي ينقضي تبعا لانقضاء الدين بالابراء أو بالوفاء أو بغيرهما من طرق انقضاء الالتزام الأخرى ، كما ينقضي حق الرهن أيضا بالنزول عنه من طرف الدائن المرتهن مع بقاء أصل الدين وحتى يتم ذلك ويحتج به بزوال الرهن وانقضائه في مواجهة الغير يجب محو قيد الرهن أو شطبه ، وهذا حتى يعلم الغير بانقضاء الرهن ويتم المحو بالتأشير على هامش القيد بما يفيد اعتباره غير موجود ويقوم بهذا التأشير مكتب الشهر العقاري الذى أجرى القيد .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط للأستاذ السنهوري ج 10 المرجع السابق فقرة: 384 ص: 747 .

أنظر كذلك الأستاذ سليمان مرقس التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق فقرة : 190 ص: 290 .

أنظر الدكتور محمود جمال الدين زكي التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق فقرة : 191 ص: 280 .

أنظر في الفقه الفرنسي بودري ولاكنتري في كتابهما النظرية العامة للالتزام ج 3 فقرة : 226 ص: 781 .

(2) بلانيول وريبير القانون الفرنسي ج 13 فقرة : 1321 ص: 781 .

(3) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمد لبيب شنب التأمينات العينية المرجع السابق فقرة : 98 ص: 114 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

2) القضاء الرهن الحيازي

لقد عرفته المادة : 948 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 1096 من القانون المدني المصري وهي مشابهة لها وتطابقها تمام الانطباق بقولها:

((الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى أن يستوفي الدين أو يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون)) .

وما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد أن الرهن الحيازي الحقيقي gage لا يرد في القانون الفرنسي الاّ على المنقول أما العقار فيتحمل بحق يشبه الرهن الحيازي في نواح ويختلف عنه في نواح أخرى ويسمى antchrése كما عرفته الشريعة الاسلامية الرهن الحيازي وما يدل على مشروعيته ماجاء في القرآن الكريم في قوله تعالى:

((وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة)) (1) .

كما أنه روى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه .

وعلى هذا اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على جواز الرهن في السفر بينما اختلفوا في جوازه في الحضر ، فذهب جمهور الفقهاء الى جوازه وذهب البعض الى عدم جوازه الاّ في السفر لظاهر قوله تعالى ((وان كنتم على سفر)) وتمسك جمهور الفقهاء بماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من أنه رهن في الحضر ونحن من جانبنا نرجح ما ذهب اليه جمهور الفقهاء لأن السنة كما هو معروف تعتبر شرحا وتكملة لما لم يرد فيه حكم القرآن .

وقد تعرضت لتعريف الرهن الحيازي كل من المادتين 975 من مرشد الحيران و 702 من مجلة الأحكام العدلية (2) والرهن الحيازي ينقضي اما بصفة تبعية وهذا بانقضاء الدين الذي يضمنه الرهن فينقضي بابراء الدائن للمدين كما ينقضي بغير ذلك من الأسباب التي ينقضي بها الالتزام اذ أن الرهن الحيازي تابع للدين وبالتالي فانه

---

(1) سورة البقرة : آية 283 .

(2) أنظر حول كل ماذكرناه كتاب بداية المجتهد لابن رشد المرجع السابق ج 02 ص: 251 وقد أشار الى هذا المرجع الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 206 هامش رقم : 02 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يدور معه وجودا وعدما وهذا ما نصت عليه المادة : 964 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة : 1112 من القانون المدني المصري والتي تتشابه وتتطابق معها بقولها:

((ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون الاخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته)) .

والملاحظ أن المادة : 964 من القانون المدني الجزائري والخاصة بانقضاء الرهن الحيازي هي مماثلة لنص المادة : 933 من القانون المدني الجزائري والخاصة أيضا بانقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية وعلى هذا فما سبق أن قلناه بالنسبة لانقضاء الرهن الرسمي تبعا لانقضاء الدين بالابراء وبغيره من أسباب انقضاء الالتزام أو فيما يتعلق كذلك بعودة الرهن الرسمي تبعا لعودة الدين بعد زوال سبب انقضائه كله ينطبق في حكمه على الرهن الحيازي ، وعليه فاننا نرى بأنه لا داعي لاعادة ما سبق وأن قلناه من قبل (1) الا أنه لا يفوتنا أن نلاحظ مرة أخرى وجوب مراعاة حقوق الغير حسن النية التي كسبها قانونا ما بين فترة انقضاء الحق وعودته .

كما أن الرهن الحيازي ينقضي هو أيضا بصفة أصلية مع بقاء الالتزام المضمون اما بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن اذا كان ذا أهلية في ابراء ذمة المدين من الدين (2) أوباتحاد الذمة وبهلاك الشيء وقد عبرت عن كل ما ذكرناه المادة : 965 من القانون المدني الجزائري وهي تقابل المادة : 1113 من القانون المدني المصري والتي تخالفها في حكم الفقرة الأولى منها اذ أن المشرع الجزائري لم يشترط في التنازل عن الرهن توافر الأهلية كما فعل المشرع المصري وقد سبق لنا وأن قلنا وأن المشرع الجزائري بعدم ذكره لشرط الأهلية في المتنازل عن حق الرهن يكون قد ترك هذه المسألة للقواعد العامة وحسنا فعل المشرع الجزائري حتى يتفادى تكرار ما هو موجود من قبل .

وقد ذكرت المادة : 965 ق م ج الحالات التي ينقضي فيها الرهن بقولها :

ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :

1) اذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل

---

(1) أنظر ما سبق من هذا الكتاب ص: 209 وما بعدها .

(2) أنظر ما سبق ذكره أيضا في هذا الكتاب ص : 213 وما بعدها .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته التصرف فيه دون تحفظ غير أنه اذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الأبرضائه ، وبينما نجد المادة المصرية 1113 استعملت بدل رضائه اقراره ويبدو وأن الفرق بين المادتين في هذه النقطة يعود الى التعبير أكثر منه من يعود الى المعنى لأن الاقرار لا يكون الاّ اذا رضي الغير بذلك التصرف الذى كان من الدائن)) .

2) اذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع الملكية في يد شخص واحد .

3) اذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون .

فهذه الأحكام في جملتها أيضا لا تخرج عما سبق وأن ذكرناه بالنسبة لأسباب انقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية ومستقلة عن الالتزام المضمون (1) .

3) **انقضاء حق الاختصاص**

حق الاختصاص Droit d'affectation هو حق عيني تبعي يتقرر بمقتضى أمر صادر من القضاء لضمان الوفاء بالالتزام على عقار أو أكثر من عقارات المدين وهذا بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين ويكون للدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي حقه بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وهذا في أى يسد يكون العقار أو العقارات محل الاختصاص (2) وهذا ما نصت عليه المادة : 937 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 1085 من القانون المدني المصرى بقولها :

((يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى بالزام المدين بشيء معين أن يحصل على حقه تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف)) .

وحق الاختصاص ينقضي كما ينقضي حق الرهن الرسمي والرهن الحيازى اذ تنص المادة: 947 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 1095 من القانون المدني المصرى والتي تشابهها وتتطابق معها بقولها :

((تكون للدائن الذى حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذى

---

(1) أنظر ما سبق ذكره في هذا الكتاب ص: 213 وما بعدها .

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور السنهورى الوسيط ج 10 فقرة : 399 ص: 660 وانظر كذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية فقرة : 213 ص: 186 الأستاذ الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 205

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حصل على رهن رسمي ويسرى على التخصيص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام عامة وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضاؤه وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة)) .

وحق الاختصاص هذا ينقضي هو أيضا اما بصفة تبعية أو بصفة أصلية فينقضي بصفة تبعية اذا انقضى الدين الذى تقرر الاختصاص لضمانه بابراء الدائن للمدين من الدين أو بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام .

وينقضي بصفة أصلية دون أن ينقضي الدين المضمون بحق الاختصاص وهذا الانقضاء يكون كانقضاء حق الرهن الرسمي كإتمام اجراءات التطهير وبيع العقار بيعا جبريا وهذا عن طريق المزاد العلني أو باتحاد الذمة وبهلاك العقار وبالنزول عن حق الاختصاص . (1)

ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو قيد أو حكم قضى بالغاء الأمر الصادر بالاختصاص اذ تنص المادة : 944/ 2 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 1092/ 2 من القانون المدني المصرى وهي مطابقة لها تمام الانطباق بقولها :

((ويجب التأشير على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بالغاء الأمر الصادر بالتخصيص)) .

4) الامتياز

حق الامتياز ..... Droin de privilege كما عرفته المادة : 982/ 1 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة : 1130/ 1 من القانون المدني المصرى والمطابقة لها تمام الانطباق بقولها :

((الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته)) وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة قولها :

((ولا يكون للدين امتياز الا بمقتضى نص قانوني))

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى في تعليقها على حكم المادة : 1130 من القانون المدني المصرى والتي تطابق تمام الانطباق المادة 982 من القانون المدني الجزائرى مايلي :

---

(1) أنظر السنهورى الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 495 ص: 737 .
وانظر سليمان مرقس التأمينات العينية المرجع السابق فقرة : 216 ص: 359 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

((يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن وذلك لأن الامتياز يرجع الى طبيعة الحق والقانون هو الذى يتولى تعيين الحقوق التي تقضي طبيعتها أن تكون ممتازة)) (1)

ويتضح من هذا كله أن حق الامتياز هو عبارة عن تقديم الحق الممتاز على غيره من الحقوق الأخرى التي يتقدمها هذا الحق وهذا التقدم طبعا يقرره نص القانون فلا يتقرر بالاتفاق كما في الرهن بنوعيه الرسمي والحيازى ولا بأمر القضاء كما هو الشأن بالنسبة لحق الاختصاص .

كما أن حق الامتياز لا يتقرر بصفة مستقلة بل تبعا لحق شخصي بقصد ضمان استيفاء هذا الحق وبالتالي يدور مع هذا الحق وجودا وعدما وينقضي حق الامتياز كالرهن بصفة تبعية واما بصفة أصلية ومستقلة وهذا مانصت عليه المادة: 988 من القانون المدني الجزائرى والتي تقابلها المادة: 1136 من القانون المدني المصرى بقولها:

((ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازى وفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك)) (2)

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن حق الامتياز ينقضي بما ينقضي به الرهن الرسمي في العقار وبما ينقضي به الرهن الحيازى في المنقول .

كما ينقضي حق الامتياز في العقار والمنقول بصفة تبعية طبقا لانقضاء الالتزام وهذا بابراء الدائن للمدين من الالتزام أو بالوفاء أى بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام المعروفة .

وينقضي بصفة أصلية في العقار بما ينقضي به الرهن الرسمي وهذا بنزول

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ج 07 ص: 286 ، وقد أشار اليها الدكتور عبد الرزاق حسن فرج في كتابه الابراء من الالتزام المرجع السابق ص: 209 هامش رقم 01 .

(2) أنظر ما جاء في المذكرة الخاصة بالمشروع التمهيدى للقانون المدني المصرى مجموعة الأعمال التحضيرية ج 07 ص: 296 بشأن نص المادة : 1136 وهي تقابل المادة: 988 من القانون المدني الجزائرى حيث ذكرت على الخصوص مايلي:

وينقضي حق الامتياز في العقار بما ينقضي به حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص كما ينقضي حق الامتياز في المنقول بما ينقضي به حق الرهن الحيازى وذلك مالم يوجد نص يقضي بغيره .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الدائن الممتاز عن حق امتيازه وبهلاك الشيء محل الامتياز وهذا اذا كان الامتياز واقعا على شيء خاص أما اذا كان الامتياز عاما واقعا على مجموع أموال المدين وقت التنفيذ فلا يتصور هلاك محله لأنه لا يقع على عين معينة بالذات (1) .

وكذلك ينقضي حق الامتياز باتحاد الذمة وبالبيع الجبرى كما ينقضي حق الامتياز بصفة أصلية في المنقول بما ينقضي به حق الرهن الحيازى وبنزول الدائن عن حق امتيازه وبهلاك الشيء محل الامتياز وبالبيع الجبرى .

المطلب الخامس

سريان الأحكام الموضوعية للتبرعات على الابراء

لقد سبق لنا وأن ذكرنا من قبل بأن الابراء يتميز بكونه عمل من أعمال التبرع وعليه فانه تسرى عليه الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع وهذا طبقا لأحكام المادة : 306 من القانون المدني الجزائرى(2) وقد قمنا بشرح بعض هذه الأحكام ونحن نتكلم عن شروط الابراء فقلنا من حيث أهلية الدائن المبرىء بأنه يشترط فيه بأن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه لجنون أو عته أو سفه وأن تكون ارادته خالية من عيوب الرضا ، وعليه فانه لا دعي لاعادة ما سبق وأن ذكرناه في هذا الموضوع وسنكتفي في هذا المبحث بالتعرض الى حكم رفض الابراء من طرف المدين المبرأ وحكم الطعن في الابراء بالدعوى الولصية ثم نتعرض بعد ذلك الى حكم رجوع الدائن في الابراء ولدراسة هذه النقاط بالتفصيل ارتأينا أن نخصص لكل نقطة فرعا خاصا بها .

الفرع الأول

رفض الابراء أو رده

أوضحنا فيما سبق وأن الابراء يتم بارادة الدائن وحده وهذا طبقا لأحكام القانون المدني الجزائرى (المادة : 305) والقوانين العربية الأخرى التي تماثله ولاسيما منها القانون المدني المصرى ، ولقد جاء في المادة : 305 من القانون المدني الجزائرى

---

(1) أنظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب المرجع السابق فقرة : 212 ص: 193 .
وانظر أيضا شمس الدين الوكيل المرجع السابق فقرة : 218 ص: 585 .
وانظر أخيرا الأستاذ الدكتور السنهورى الوسيط ج 10 المرجع السابق فقرة : 660 ص: 937 .938.

(2) أنظر ما سبق أن ذكرناه في هذا المعنى في هذا الكتاب ص : 140 وما بعدها

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المذكورة أعلاه ما يلي:

((ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ولكن يصبح باطلا اذا رفضه المدين))

ونعتقد بأن المشرع الجزائري لم يأت بكلمة باطل الاّ للتأكيد على زوال أثر الابراء في الحالة التي يرفض فيها المدين الابراء الصادر من الدائن وان كان النص المكتوب باللغة الفرنسية قد استعمل كلمة Caduque ولم يستعمل كلمة nul التي تقابل كلمة البطلان باللغة العربية وان كان مصطلح Caduque يعني لاغيا وباطلا الى آخره ومهما يكن من أمر فيما يتعلق بكلمة باطل التي عبر بها المشرع الجزائري عن مصير الابراء بعد رفضه من الدائن فانه حسنا فعل اذ أزال جميع الشكوك والالتباسات التي يمكن أن تطرح في حالة رفض المدين له فقرر المشرع الجزائري بطلانه وبالتالي زوال جميع آثاره .

أما بالنسبة للقانون المدني المصري والقوانين العربية التي تتشابه معه وتطابقه تمام الانطباق فانه بالرغم من أن الابراء في ظل هذه القوانين يزول أيضا وتزول جميع آثاره ويعود الدين الى ذمة المدين من جديد الاّ أن هذا لا ينفي كل الشكوك والالتباسات التي يمكن أن تثور حول الابراء بعد ردّه من طرف المدين .

أما بالنسبة لكلمة الرفض التي استعملها المشرع الجزائري بدل كلمة الـرّد المستعملة في القانون المدني المصري والقوانين المدنية العربية الأخرى وفي الفقه الاسلامي فاننا نرى بأن المصطلحين يختلفان من حيث التعبير بهما أما من حيث المعنى فهو واحد لأن كلاهما يفيد عدم الرضا بالتصرف وعليه فاننا نرى بأن الاختلاف الموجود بين المادتين فيما يتعلق باستعمال لفظ الرفض بدل الرّد يعود الى المصطلح فقط وليس الى المعنى .

وحق الرفض للابراء يعتبر وسيلة أعطاها المشرع الجزائري للمدين وهذا تماشيا منه مع المشرع المصري والرأي الراجح في الفقه الاسلامي اذ لم يشأ المشرع الجزائري أن يفرض الابراء على المدين فرضا اذا كان غير راغب فيه أو يرى أنه فيه تفضيل عليه من الدائن لا يريده أو منه من الدائن أوقد يكون فيه مساس بكرامته وقد يصر المدين على الوفاء بالرّغم من رغبة الدائن في ابرائه ومن أجل هذا فقد خوله القانون حق رفض الابراء متى وصل الى علمه، وما يترتب على هذا الرفض بطلان الابراء وزوال أثره وبقاء (1) الالتزام قائما .

---

* (أنظر في هذا المعنى الوسيط ج 3 للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص: 965 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ورفض الابراء يعتبر كالابراء في كونه تصرف قانوني صادر من جانب واحد ولكنه يصدر من المدين أما الابراء فيصدر من الدائن ، كما أنه يتشابه مع الابراء في أنه يعتبر تصرف من التصرفات التبرعية ومن ثم فانه لا يقبل من المدين اذا لم تتوافر فيه أهلية التبرع(1) .

وهكذا يكون الرد في تصويره للآثار المترتبة عنه أنه عبارة عن نزول من المدين عن ابراء ذمته التي ترتبت على تمام الابراء وفي ذات الوقت اتجاه ارادته الى شغل ذمته من جديد بدين كان قد انقضى وذلك بدون هوض أى أنه يعتبر عملا قانونيا من أعمال التبرع وبالتالي فهو تصرفا مفقرا يشترط فيمن يصدر منه أن يكون أهلا للتبرع وتطبق عليه الشروط التي تطبق على الشخص المبرئ كما يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية بدون حاجة الى اثبات سوء نية المدين أو قصد الاضرار بدائنه وهذا شأنه في ذلك شأن الابراء وان كان هذا محل خلاف كما سنرى فيما بعد .

أما الرّد في الفقه الاسلامي فان آثاره وأحكامه تختلف باختلاف مفهوم المذاهب الفقهية المختلفة في ذلك فلقد ذهب فقهاء الحنفية الى أن الابراء يرتد بالرّد من طرف المدين وهذا في مجلس الابراء وبعده مادام أنه لم يحدث منه قبول صريح قبل ردّه لما فيه من معنى التمليك عندهم ، ومنهم من قيد صحة الرّد ونفاذه باشتراط أن يكون في مجلس الابراء لا بعده وان الرّد بعد انتهاء المجلس لا أثر له عندهم أمّا الرّد في المجلس فهو صحيح ويتم به ردّ الابراء ولا يسقط به الدين اذا لم يتبعه قبول صريح من المدين لأن الرّد بعد القبول غير صحيح في المجلس وبعده .

أما عند الشافعية (2) والحنابلة فان الرّد لا أثر له على الابراء لأن الابراء يتم عندهم بارادة الدائن وحده وهكذا يرتد الابراء برد المدين عندهم وهذا تغليبا منهم لمعنى الاسقاط(3) .

---

* وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية المرجع السابق فقرة 311 ص: 476 .

(1) أنظر في هذا المعنى السنهوري في كتابه الوسيط ج 02 هامش رقم 02 ص: 967 .
وانظر كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الحصري ج 03 ص: 295 .

(2) أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدكتور سليمان مرقس أصول الالتزامات المرجع السابق فقرة : 882 ص: 941 .
وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي أحكام الالتزام المرجع السابق هامش رقم 01 ص: 676 .

*(3) أنظر فقه الشافعية نهاية المحتاج ج 05 ص: 500 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما عند المالكية فان الابراء يرتدّ بالرّد ومن أحكامه أنه يبطل الايجاب بـرد المدين لغلبة معنى التمليك فيه ومهما يكن من أمر الخلاف القائم بين مذاهب الفقـه الاسلامي وعلى الرأى الراجح لدى جمهور الفقه الاسلامي فان الابراء يتأثر بـرد المدين له وتزول جميع آثاره ويعود الدين الى ذمة المدين على نحو ما بيناه من قبل .

الفـــرع الثانـي

الطعن في الرفض بالدعوى البولصيـة

تقوم الدعوى البولصيـة Action poulionn أو دعوى عدم نفـاذ تصـرف المدين على أسـاس أن تصرفات المدين سيء النية تعتبر ضارة بالمدين وقـد ترتـب عليها انقاص الضمان العام فيجوز أن يطعن في هذه التصرفات حـتى لا ينصرف أثرهـا اليه (1) فهي لا تؤدى الى بطلان التصرف وانما تؤدى الى عـدم الاحتجـاج بـه علـى الدائن وقد نظم المشرع الجزائرى الدعوى البولصية واشترط لصحة الطعـن بهـا أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وهذا حسب المادة : 191/ 1 ق.م.ج حيث جـاء فيها مايلي :

((لكل دائـن حـلّ دينـه وصدر من مدينـه تصرف ضار بـه أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه)) .

وتقابلها المـادة : 238 من القانون المدني المصرى والمادة: 1167 مـن القانون المدني الفرنسي .

وعليه فانه اذا كان حق الدائن معلقا على شرط فاسخ أو أجـل فاسـخ فانـه يستطيع استعمال الدعوى لأنهمـا لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء ومتى كان حق الدائن مستحق الأداء خاليا من النزاع فانـه يستطيع استعمال هذه الدعوى ولا فرق في هذا الشأن بين الدائن العادى ودائـن مرتهن أو دائن له حق امتيـاز فلا يكفـي العمل المادى في هذا الشأن كما لو تسبب المدين باهماله أوعمـدا في الاضرار بالغير

---

* وحاشية الشرقاوى على شرح التحرير ج 02 ص: 71 للأستاذ زكريا الأنصارى الطبعـة الأولى 1305 ومما جاء فيها على الخصوص مايلي :
الحط والترك والاسقاط والاحلال والتحليل والعفو والوضع كالابراء في عدم اشتراط القبـول وليس مثل ذلك في الهبة وهذا خلافا لبعض الشافعية لاشتراط القبول فيها .

(1) أنظـر في هذا المعنى الدكتور محمد حسنين في كتابه الوجيز في نظرية الالتـزام المرجع السابق ص: 280 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مما ترتب عليه أن أصبح هذا الغير معسرا فانه ليس للدائن الطعن في هذا العمل غير المشروع بالدعوى البولصية اذا كان هناك تصرف قانوني سواء كان صادرا من الجانبين كالبيع والشركة أم من جانب واحد كالابراء والوقف واجازة العقد القابل للابطال (1) كما يشترط في أن يكون هذا التصرف القانوني مفقرا ويتحقق ذلك في الحالتين :

الحالة الأولى : أن ينقص التصرف القانوني من حقوق المدين كأن يهب عينا مملوكة أو أن يبيعها أو أن يكون دائنا لآخر فيبرئه من الدين أو أن يرفض قبول الوصية

الحالة الثانية: أن يزيد التصرف من التزامات المدين كأن يشترى عينا فيلتزم بدفع ثمنها أو أن يقترض فيلتزم برد ما اقترض أو أن يتعهد بالانفاق على شخص لا تلزمه قانونا (2) وعلى هذا الأساس فانه يثور التساؤل في حالة ابراء الدائن للمدين وهو تصرف قانوني ينقص به من ضمان الدائن العام فهل يجوز لدائني الدائن أن يطعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولصية كما أنه يثور التساؤل أيضا في حالة ما اذا قام المدين برفض الابراء فهل يجوز أيضا لدائني المدين الطعن بالدعوى البولصية على أساس أن مدينهم قد زاد في التزاماته برفض الابراء الذى عاد به الدائن الى ذمته بعد أن أنقض بالابراء وللاجابة على هذا التساؤل يجب علينا أن نتعرض لكل من الابراء الصادر من الدائن وموقف دائنيه من ذلك ورفض المدين للابراء وموقف دائنيه أيضا .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوجيز للأستاذ السنهورى ج 1 فقرة 864 . 865 . ص 859 . 860 .
وانظر أيضا أحكام الالتزام للدكتور اسماعيل غانم فقرة : 89 ص: 198 .
وانظر أيضا الأستاذ جلال العدوى في كتابه رابطة الالتزام ص: 309 .

(2) ان الرأى الغالب في الفقه وفي القضاء في فرنسا وكذلك بالتقنين المدني المصرى القديم : أنه يحق للدائن أن يطعن في التصرفات التي تزيد في التزامات المدين فكان التصرف المفقر قاصرا على الانقاص من الحقوق وقد كان هذا محلا للنقد لأنه سواء أدى التصرف الى الانقاص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته فانه يعتبر في الحالتين عملا يؤدى الى اساءة حالته وبالتالي الى المساس بالضمان العام المقرر للدائنين وهذا ما نص عليه كل من القانون المدني الجزائرى في المادة : 121 وكذلك المشرع المصرى في المادة: 238 على أن الاضرار بالدائن كما قد يكون بانقاص الحقوق يكون أيضا بزيادة الالتزامات .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

1) **الابـــراء الصادر من الدائن**

ان الابراء الصادر من الدائن يعتبر عملا تبرعيـا فهو **يؤيد** فـي افقـار الضمـان العام للدائنين وحينئذ يخضـع الابـراء الصادر من الدائن للطعن بالدعوى البـولصية من طرف دائني هذا الأخيـر لأن الدائن بتصـرفه يكون قد أنقص من حقوق دائنيـه وهكذا يكون الابراء الذى قام به الدائن غيـر نافذ في مواجهة دائنيـه ولوكـان مـن صدر لـه الابـراء حسن النيـة وثبت أن المبرئ لم يرتكب غشـا كما هو مقـرر في حكـم تبرعات المدين (1) .

2) **رفـض المدين للابـــراء**

ان رفض المدين للابـراء يعتبر من الأعمال التبـرعية وبالتالي فهو عملا ضـارا بدائنيـه فهل يحق لهؤلاء الدائنين الطعن في الرفض بالدعوى البولصية أو دعوى عـدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيـه .

يذهـب بعض الفقهـاء وعلى رأسهـم الفقيـه العميد السنهورى الى جـواز الطعن بالدعوى البولصية لأن هذا الرفض قد زاد في التزامـات المدين اذ عـــاد الدين بالرفض بعد انقضائه (2) الاّ أن هناك فقهاء آخرين لا يميلـون الى هذا الـرأى ويرون بأنه اذا سلمنا بما قالـه الفريق الأول من الفقهاء فاننا نكون بذلك قـد قمنـا باجبار المدين على قبول تفضـل من الدائن في حين أنه قد يكون لديـه من الأسبـاب ما يمنعه من قبول هذا التفضـل .

ثم يضيف هؤلاء الفقهاء سند آخر يتمثل في أنـه يـوجد في نصـوص القانـون المدني المتعلقة بهذه الدعوى وهي المادة : 191 من القانون المدني الجزائـــرى وتقابلها المادة : 237 من القانون المدني المصرى التي أجازت لكل دائن أصبح حقـه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرفا ضارا به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد من التزاماته ، ولكنها أضافـت في آخرها العبارة التالية :

---

(1) أنظر المادة : 192/ 1 من القانون المدني الجزائرى حيث تنص على ما يلي ((اذا كان التصـرف الذى قام بـه المدين تبـرعا فانـه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبـرع له حسن النية)) .

(2) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه الوسيط ج 03 فقرة 578 ص: 967 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية

واذا رجعنا الى المادة التالية للمادة 191 فنجدها أنها المادة 192ق م ج والتي تقابلها المادة : 238 ق م م ، حيث أن هذه المادة أي المادة : 192 تتحدث في فقرتها الأولى على التصرفات الصادرة من الدين بعوض، وفي فقرتها الثانية تتكلم عن التصرفات الصادرة على سبيل التبرع ، فالفقرة الأولى من هذه المادة لا علاقة لها بموضوعنا فلا نتطرق اليها ، أما الفقرة الثانية فلا تجعل التبرع نافذا في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو لم يرتكب المدين غشا وهنا نطرح السؤال التالي : هل يعتبر ردّ المدين ابراء دائنه له تبرعا ؟ .

ويرى الفقهاء أن ردّ المدين للابراء لا يعتبر تبرعا بأتم معنى كلمة التبرع لأن المدين برده للابراء انما رفض قبول التبرع من دائنه ورفض التبرع ليس بتبرع (1) .

ونحن من جانبنا نرى بأنه اذا كنا نميل الى هؤلاء في سندهم الأول المتمثل في كون أن قبول استعمال الدعوى البولصية يؤدي الى اجبار المدين على قبول تفضل أو منة لا يريدها وبالتالي لا يبقى معنى لحق الرفض الذي أعطاه المشرع للمدين في حالة وجود دائنيه ونكون بذلك كأننا ما أعطيناه باليمين قد نزعناه بالشمال ، أما بالنسبة للسند الثاني لهؤلاء الفقهاء فاننا لا نذهب لما ذهبوا اليه من حيث أن ردّ الابراء لا يعتبر تبرعا بالمعنى الحقيقي لكلمة التبرع لأنهم حسب ادعائهم هو عبارة عن عدم قبول التبرع ، ونحن نعتقد بأنه اذا سلمنا بقولهم هذا فاننا نكون جنبنا حقيقة الأمر اذ أن ردّ الابراء وعدم قبوله يؤدي وكما ذكرنا من قبل الى اعادة الدين الى ذمة المدين بعد انقضائه بالابراء وهنا يكون المدين قد زاد في التزاماته وهذا يعتبر تبرعا منه بعد أن أصبح ملكا له بالابراء ثم هناك سند آخر يتمثل في أنه اذا قلنا وسلمنا بما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء في سندهم الثاني والمتمثل في أن ردّ الابراء ليس تبرعا بالمعنى الحقيقي نكون قد وقعنا في نوع من التناقض اذ أننا قد اعتبرنا بأن الرّد كالابراء كلاهما تبرع واشترطنا لرد الابراء ما اشترط في الابراء من حيث الأهلية ، اذ أن المدين لابد أن يكون أهلا للتبرع حتى يستطيع ردّ الابراء أو رفضه وهكذا يكون الرّد كالابراء فهو من أعمال التبرع .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد المجيد الحكيم في كتابه أحكام الالتزام في القانون العراقي المرجع السابق ص: 170 .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف حول حق دائني المدين في الدفع بالدعوى البولصية في الرد الذى يقوم به المدين فاننا من جانبنا نميل الى ماذهب اليه الفريق الثاني من الفقهاء الذين يرون بأن دائني المدين لا يستطيعون الطعن بالدعوى البولصية نظرا لما ذكرناه ، اذ نعتقد أن رأيهم هو الأسلم والأقرب الى العدالة والصواب وهكذا فان دائني المدين لا يحق لهم أن يطعنوا بالدعوى البولصية في حالة ما اذا قام المدين برد الابراء الذى صدر من الدائن لفائدة المدين واذا قلنا بغير ذلك فاننا نكون قد جردنا المادة : 305 ق.م.ج من وظيفتها التي أعطالها لها المشرع وهي حق الرفض اذا رأى المدين في ذلك مساسا بكرامته أو كان له مصلحة في الوفاء بالالتزام ، هذا كل ما يمكن قوله بالنسبة لاستعمال الدعوى البولصية سواء من طرف دائني الدائن أو من طرف دائني المدين وهذا في ظل القوانين التي تجعل الابراء من التصرفات التي تتم بالارادة المنفردة .

أما بالنسبة للتقنينات التي تجعل من الابراء عقد أى أنه لا يتم الا باتفاق الطرفين فان الرفض في ظل هذه القوانين لا يعتبر افقارا اذ أن الابراء لا يتم الا بقبول المدين وهو برفضه لا يعتبر قد أفقر نفسه لأن الدين لم ينقض مادام المدين لم يقبل الابراء .

ورفض الابراء وعدم قبوله من طرف المدين طبقا لهذه القوانين انما هو امتناع منه عن أن يثرى نفسه ومن ثم لا يشترط في الرفض وعدم القبول توافر أهلية التبرع لدي المدين وبالتالي لا يجوز لدائنيه أن يطعنوا بالدعوى البولصية في عدم قبول الابراء .

الفرع الثالث

((حق الرجوع في الابراء))

ان حق الرجوع في الابراء يختلف باختلاف الطبيعة القانونية التي أعطاها كل مشرع للابراء .

ففي ظل التشريعات التي تجعل من الابراء عقدا فانه يجوز للدائن الرجوع في الابراء في أى وقت شاء مادام لم يصدر قبولا من المدين أما بعد صدور القبول من المدين فانه لا يجوز للدائن الرجوع في الابراء وهذا تطبيقا للقواعد العامة كما أنه لا يجوز للدائن الرجوع في الابراء اذا كان للمدين فترة زمنية محددة لصدور القبول وهذا تطبيقا أيضا للقواعد العامة .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما بالنسبة للقوانين التي يتم فيها الابراء بالارادة المنفردة فانه يجوز للدائن الرجوع في الابراء قبل أن يصل الى علم المدين واذا لم يرفضه فانه لا يجوز للدائن في هذه الحالة الرجوع في الابراء وهذا تطبيقا لأحكام المادة : 305 من القانون المدني الجزائري .

غير أنه يجوز للدائن الرجوع في الابراء حتى لو وصل الى علم المدين اذا كان الابراء قد صدر في صورة وصية فانه يجوز للدائن الرجوع في الابراء وهذا تطبيقا لأحكام المادة : 192 من قانون الأسرة الجزائري التي تجيز للموصي الرجوع في الوصية سواء صراحة أو ضمنا وهذا في أي وقت بالنسبة للأحكام الخاصة بالرجوع في الابراء .

غير أن هناك من يرى من أنه يمكن تطبيق أحكام الرجوع في الهبة على الابراء اذ أن بعض التشريعات تسمح بالرجوع في الهبة اذا كان هناك عذرا مقبولا لذلك وهذا في حالة عدم وجود مانع من الرجوع وهذا حسب المادة : 502 ق . م . م .

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فانه لم ينص على حق الرجوع في الهبة الا بالنسبة للأبوين في حالة هبتهما لولدهما مع استثناء بعض الحالات التي لا يجوز فيها للأبوين الرجوع في الهبة لولدهما وهذا حسب ما جاء في المادة : 211/ 2 من قانون الأسرة الجزائري . أما بالنسبة لغير الأبوين فلا يوجد نص يتكلم في الرجوع في الهبة من طرف الواهب الا حالة الهبة بقصد المنفعة العامة اذ تنص المادة 212 من قانون الأسرة على مايلي :

((الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها))

وهكذا فانه لا يجوز للمبرئ في ظل القانون المدني الجزائري الرجوع في الابراء بعد وصوله الى علم المدين سواء طبقا لأحكام الابراء أو بالقياس على حق الرجوع في الهبة ماعدا حالة هبة الأبوين لولدهما فانه اذا كان ابراء من الأبوين لولدهما وقياسا على أحكام المادة : 211/ 1 من قانون الأسرة الجزائري فانه يجوز للدائن الرجوع في الابراء أما في غير هذه الحالة فلا يجوز الرجوع في الابراء .

أما بالنسبة للقوانين التي تسمح بالرجوع في الهبة في حالات معينة وهي حالة وجود عذر مقبول ويعتبر من قبل ذلك جحود الموهوب له وصيرورة الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة أو أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا وان يكون له ولدا يظنه ميتا وقت الهبة فاذا به حيّ وقد نص على ذلك نص المادة 501 قانون مدني مصري ، ويرى الفقه في مصر أن مثل هذه الأحكام الموضوعية الخاصة

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بالهبة يمكن تطبيقها على الابراء (1)

وهذا ما نجده أيضا في القانون المدني الفرنسي حيث أنه يجوز الرجوع في الهبة أيضا بجحود الموهوب له أو لأن الموهوب له قد رزق ولدا وسريان هذه الأحكام على الابراء جائز طبقا للقانون المدني الفرنسي (2).

الاّ أن هذا القول قد يكون فيه نوع من التعارض مع أحكام الفقه الاسلامي حيث أن الابراء في الفقه الاسلامي يعتبر اسقاط والساقط لا يعود ولما كان نص الفقرة الأولى من المادة : 372 من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة : 306/ 1 من القانون المدني الجزائري صريحا في أنه يسري على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع .

فهذا النص وحسب ظاهره يسمح بسريان أحكام الرجوع في الهبة على الابراء وهذا في كل حالة يسمح فيها المشرع بالرجوع في الهبة .

---

(1) أنظر في هذا المعنى الوسيط ج 03 للأستاذ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق فقرة 583 ص: 978 هامش رقم 01 .

(2) أنظر في هذا المعنى بدوري ولاجارد في كتابهما الالتزامات ج 03 فقرة 16 ص 998 وانظر أيضا بلانيول وريبير في كتابهما شرح القانون المدني الفرنسي ج: 7 فقرة : 1306 ص: 712.

(3) أنظر مجلة الأستاذ سليم البازفي المادة : 51 ص: 40 والمادة 1562 ص : 848.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

خـــاتمـــة

نخلص في نهاية بحثنا لموضوع الابـراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري الى النتائج والاقتراحات التالية :

أولا : النتائج

النتيجة الأولى : لدى تعرضنا لتعريف الابراء رأينا أنـه يتميز بميزتيـــن أساسيتين يمكن ابرازهما فيما يلي :

الميـزة الأولى : ان الابراء تصرفا انفـرادي في القانون المدني الجـزائـري والقوانين العربية والرأى الراجح في الفقه الاسلامي وليس اتفـاقا كمـا هو الحـال فـي التقنيـن المدني الفرنسي وقانون العقـود والموجبات اللبناني ومع هذا فان المشـرع الجـزائري في تقنيننـا المدني لم يشـأ أن يفرض على المدين ابـراء قـد يـرى فيـه تفضـلا عليه من طرف الدائن لا يـريده فأعطـى لـه المشـرع حق رفض الابراء وهـذا متى وصل الى علمـه .

الميزة الثانية : ان الابراء يتميـز عن ما قد يشتبه بـه من تصـرفات قانونيـة أخرى كالصلح والنزول عن الحق والتجـديد ، كما بيننا طبيعتـه القانونية وقلنـا بأنها تختلف باختلاف اتجـاه التشريعات الغـربية والعربية فبالنسبة للأولـى فهـو عقـد وبالنسبة للثانية فهو يتم بـارادة منفـردة .

النتيجة الثانية : لقد اتضح لنا ونحن ندرس في نطـاق الابراء أن هنـاك نوعين من الالتزامات منها ما يقبل الابـراء ومنها ما لا يقبلـه والعلة في ذلك تعـود اما لصفة الحق كأن يكون حق عيني أو أنـه مخالف للنظام العام والآداب العامة أوأن يكون المحل غير موجود فهـو منعدم فلا يجـد الابـراء محـله فكل هذه الحقـوق لا تقبـل الابـراء وما عـداها فهو صالح للابـراء .

النتيجة الثـالثة : بعد دراستنـا لشروط الابراء توصلنا الى أنه يشترط في الابراء ما يشترط في أى تصرف قانوني آخر من حيث الرضا والمحل والسبب والأهليـة الكاملـة وخلو الارادة مـن عيوبهـا كما أنه لا يصح تعليق الابراء طبقا للرأى الراجح في الفقيه الاسلامي كما أن التعبير عن الابراء يتم بكل لفظ يدل عليه وبالكتابة والاشارة كما أن الابراء يخضع للقواعد العامة في الاثبات شأنه في ذلك شأن التصرفات القانونية الأخرى .

النتيجة الرابعة : بعد عرضنا وتحليلنا لأحكام الابراء رأينا وأن المشرع الجزائري نص على أن الالتزام ينقضي اذا أبرأ الدائن مدينه باختياره ابـراءا صحيحا وذلك بتوافـر جميـع أركـان الابـراء وشـروطه كما تنقضي معه توابعـه وتأميناته سـواء كانت عينيـة

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كالرهن بنوعيه الرسمي والحيازي أو حق الاختصاص أو حق الامتياز أو شخصية كحق الكفالة .

ثانيا : الاقتراحات :

كانت تلك هي أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال دراستنا لموضوع الابراء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به أما الاقتراحات التي نبديها حول هذا الموضوع فتتمثل فيما يلي :

لقد أوضحنا ونحن ندرس لموضوع الابراء باعتباره سببا من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به أن هذا الابراء يتناول مصير الالتزام فينيهيه بعد أن كان قائما وهذا باسقاط الدائن له عن المدين بعد ما كان ثابتا في ذمته المالية بينما يصبح من جهة أخرى ملكا للمدين بعد أن كان دينا عليه وبذلك فهو هبة غير مباشرة ومن هنا تبرز الأهمية النظرية والعملية للابراء وتصبح المادتين اللتان نظم بهما المشرع الجزائري الابراء غير كافيتين في تنظيم الابراء ومن هنا تبين لنا الفراغ والثغرات الموجودة في أحكام الابراء وعليه فاننا نقترح على المشرع الجزائري اضافة المواد التالية لتغطية النقص الموجود في تنظيم الابراء وتكون هذه المواد حسب ما يلي :

1) فيما يتعلق بالتعريف : نقترح على المشرع الجزائري أن يضيف مادة يعرف بها الابراء ويمكن صياغتها حسب مايلي :

الابراء تصرف قانوني صادر من الدائن على سبيل التبرع بقصد احداث أثر قانوني معين هو انقضاء الالتزام وتوابعه وتأميناته .

2) فيما يخص تعليق الابراء : فاننا نقترح على المشرع الجزائري أن يضيف مادة يجيز فيها تعليق الابراء صراحة مخالفا في ذلك الرأي الراجح في الفقه الاسلامي مقتديا بالمشرع العراقي ، ويمكن صياغة هذه المادة حسب مايلي :

يصح تعليق الابراء بالشرط

3) يتعين على المشرع الجزائري أن يضيف مادة أخرى يحدد بها ما لا يقبل الابراء ويمكن صياغة ذلك كما يلي : ٤٢٠٤٢٨

لا يجوز الابراء من الأعيان وانما يصح الابراء من دعواها .

4) كما يجب على المشرع الجزائري أن يضيف مادة أخرى تحكم شرط وجود المحل أثناء الابراء ويمكن صياغة هذه المادة حسب مايلي : يشترط في محل الابراء أن يكون موجودا وقت الابراء وان حصل قبل وجود المحل فانه يكون غير منجز ولا يترتب عليه أي أثر الا بوجود الحق .

تم بحمد الله وعونه

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المراجع

المؤلفات باللغة العربية

1) القرآن الكريم
2) الحديث الشريف
3) المذاهب الفقهية الاسلامية
أ ـ المؤلفات القديمة
1) **الفقه الحنفي**
أ ـ السرخيسي (438 هـ) : المبسوط لابن بكر محمد بن سهل السرخيسي مطبعة السعادة بالقاهرة سنة 1331 هـ .
ب ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام العلامة الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم المصري بدون تاريخ .
ج ـ ابن عابدين (1252 هـ) رد المختار حاشية على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين الطبعة الثالثة الأميرية بالقاهرة : 1325 هـ.
2) **الفقه المالكي**
أ ـ القرافي (684 هـ) الفروق للعلامة شهاب الدين ابي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي القاهرة 1344 هـ .
ب ـ الحطاب 954 مواهب الجليل شرح مختصر أبي الضياء سيدى خليل تأليف ابن عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المعروف بالحطاب .
3) **الفقه الشافعي** (204 هـ) الأم للامام أبي عبد محمد بن ادريس الشافعي برواية الربيع بن سليمان المرادى عنه الطبعة الأولى بمصر 1321 هـ .
السيوطي 911 الاشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي مطبعة الحلبي بالقاهرة 1938م .
الغزالي (505 هـ) الوجيز لمحمد بن محمد أبي حامد الغزالي مطبعة الآداب بمصر 1317 هـ.
4) **الفقه الحنبلي**
أ ـ ابن قدامة (360 هـ) المغنى لابي محمد عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد الخرقي الطبعة الثانية 1347 هـ والطبعة الثالثة 1367 هـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

5) **فقه أهل الظاهر**

أ ـ ابن حزم (456 هـ) المحلى لابن محمد علي بن أحمد سعيد بن حزم طبعة مصر 1350 هـ .

6) فقه الاباضية ضياء الدين عبد العزيز 1323 هـ شرح النيل وشفاء العليل للامام ضياء الدين عبد العزيز بن ابراهيم الحفصي مطبوع مع شرحه لابن أطفيش

ب ـ المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي :

1) أحمد أبو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية الطبعة الثانية بدون تاريخ .

2) محمد أبو زهرة .

أ ـ الأحوال الشخصية طبعة 1950م .

ب ـ المالكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية طبعة 1977م .

3) علي الخفيف .

أ ـ أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة : 1947م .

ب ـ التصرف الانفرادي والارادة المنفردة : 1964م .

ج ـ الضمان القسم الثاني الكفالة والديات طبعة : 1973م .

4) زكي الدين شعبان .

الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية .

5) محمد سلام مذكور .

المدخل للفقه الاسلامي طبعة : 1960م ، 1961م .

6) بدران أبو العينين .

تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود طبعة 1968 .

المراجع القانونية

1) الدكتور عبد الرزاق حسن فرج .

الابراء من الالتزام دراسة مقارنة الطبعة الأولى 1396هـ ، 1976م .

2) أحمد سلامة

أ ـ مصادر الالتزام طبعة 1975م

ب ـ التأمينات العينية والشخصية طبعة 1970 .

3) اسماعيل غانم .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أ - النظريـة العامة للالتـزام طبعـة 1964م .
ب - حـق الملكيـة طبعـة 1961م .
4) أنور سلطـان نظـرية الالتزام في جـزأين الجـزء الأول في مصادر الالتزام والجزء الثاني في أحكام الالتزام طبعـة : 1974م .
المبادئ القانونيـة طبعـة 1974م .
5) جـلال العـدوى :
مبـادئ الالتزام في جـزأين الجـزء الأول في مصادر الالتزام والجزء الثـاني في أحكام الالتزام طبعـة 1974م .
6) جميـل الشـرقاوى :
أ - بطلان التصـرف في القانون المدني
رسـالة دكتـورة من جـامعة القاهـرة 1953م .
ب - مبـادئ القانون بدون تاريخ .
ج - النظريـة العامة للالتزام في جـزأين الجزء الأول في مصادر الالتزام طبعـة 1974م والجزء الثاني في أحكام الالتزام طبعـة 1975م، 1976م .
د - حـق الملكيـة طبعـة 1974م.
7) سليمـان مرقـس :
موجـز أصول الالتزامات طبعـة 1962م .
التأمينـات العينيـة طبعـة 1959م .
8) سميـر السيـد تناغـو :
أ - نظـرية الالتزام طبعـة 1975م .
عقـد البيع في القانون المدني طبعة 1973م .
9) شمـس الدين الوكيل :
دروس في نظـرية العقد وأحكام الالتزام طبعة : 1960م، 1961م .
10) عبد الحيى حجازى : النظرية العامة للالتزام طبعـة : 1954م .
11) عبد الرزاق أحمد السنهورى :
أ - الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول طبعة : 1952م .
ب - الوسيط في شرح القانون المدني الجزاء الثاني طبعة 1958م .
ج - حق الملكيـة الجـزء الثامن طبعـة : 1967م .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

د ـ التأمينات العينية والشخصية طبعة : 1970م .
12) عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية طبعة : 1954م .
مصادر الالتزام ونظرية العقد طبعة : 1969م .
13) عبد المنعم البدراوى :
نظرية الالتزامات في القانون اللبناني والمصرى طبعة : 1968م .
عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام طبعة : 1960م .
14) محمد لبيب شنب :
أ ـ مصادر الالتزام في القانون اللبناني طبعة : 1970م .
ب ـ أحكام الالتزام طبعة : 1973م، 1974م .
15) محمود جمال الدين زكي :
أ ـ أحكام الالتزام طبعة : 1970م .
ب ـ التأمينات الشخصية والعينية طبعة : 1974م .
ج ـ الحقوق العينية الأصلية طبعة : 1978م .
16) محمد وحيد الدين سوار
أ ـ شرح القانون المدني والحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة : 1979م
1980م .
ب ـ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي الطبعة الثانية 1979 الجزائر
17 محمد رضا عبد الجبار العاني :
الوكالة في الشريعة والقانون طبعة : 1975م .
18) صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية
بحث مقارنة بين المذاهب المختلفة ، والقوانين الحديثة الطبعة الثانية : 1972م .
19) الدكتور محمد حسنين :
الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى طبعة : 1983م .
20) عبد المجيد الحكيم :
الموجز في شرح القانون المدني العراقي أحكام الالتزام الطبعة الثالثة : 1977م
21) مصطفى الزرقاء :
شرح القانون المدني السروى نظرية الالتزام العامة الكتاب الثاني أحكام الالتزام
الطبعة الأولى : 1965م .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

5) البحـوث والمقـالات :

1) أحمد ابراهيـم :
العقود والشروط والخيارات مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس 1934م .
2) أحمد سلاميـة :
التصرف الانفـرادى وهي رسـالة بالفرنسية منشور بمجلة العلوم القانونيـة جامعة عين شمس العدد الأول يناير سنة 1963م ويوليو سنة 1963م ، 1964 .
أحمد ابراهيـم :
عوارض الأهلية في التشريع الاسلامي مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى العدد الثالث : 1931م .
3) محمد زكريـا البرديسي :
بحث في التصرف الاسقاطي منشـور بمجلة الادارة وقضايا الحكومة العدد الثاني السنة الثانية عشرة 1968م .

6) المطبـوعـات :

علي علي سليمان : العقود الخاصة مطبـوعة لطلبـة السنة الثالثة قسـم الليسانس بمعهد الحقوق بن عكنون السنة الدراسية : 1975م، 1976م .
محمد حسنين : الوجيز في نظرية العقد ونظرية الالتزام بوجه عام في القـانـون المدني الجزائرى مطبوعة خاصـة بطلبـة الماجستير فرع العقود والمسـؤوليـة السنـة الدراسية : 1980م ، 1981م .

7) الـدروس :

1) علي علي سليمان : التعويض محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير السنة الثانية السداسي الثالث السنة الدراسية : 1978م ، 1979م غير مطبـوعة .
2) محاضرات في شرح القانون المدني التونسي للأستاذ محمـد المـالكـي طبعـة : 1980م .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

9) **التقنينـــات :**

1) القانون المدني الجزائري الصادر في 20 رمضان عام 1395هـ الموافـــق لـ 26 سبتمبر 1975م .

2) قانون الأســرة الجزائري المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافـــق 9 يونيو سنة : 1984م .

3) قانون العمل الجزائري المؤرخ في 03/ 04/ 1975م .

4) القانون الأساسي العام للعامل المؤرخ في أول رمضان عام 1398هـ الموافق 5 أوت 1978م .

5) القانون التجاري الجزائري المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافـــق 26 سبتمبر 1975م .

القانون المدني المصري الجديد الصادر سنة : 1949م .

القانون المدني الأردني الصادر سنـــة : 1976م .

قانون الالتزامات والعقود التونسية الصادر في 18 مارس 1974م .

10) **المراجـــع بالفرنسيـــة :**

OI) **Nourredine Torki:** Les obligations responsabilité civile & régime général I982

02) Colin et Capitant:Traité de droit civil Tome 2

03) Marty et Raymond: Droit civil Tome 2 Volume I (Les Obligations Paris I962

04) Alex Weil L'Obligation en droit français I970

05) Dalloz: Encyclopédie juridique Tome 4 I954

06)Demigue René: Traité des obligations Paris I923

07) Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud: Leçon de droit civil Tome 2 I966

08) Planiol Ripert et Boulanger: Traité de droit civil Tome 2 Obligation I970

09) Philippe Malinavoud:Le mécanisme juridique de relation économique I970

IO) Code civil français Dalloz I970 - I97I

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفهـــــــــرس

	الموضـــــوع	الصفحة
مقـــــدمة		
البـاب الأول	مفهـوم الابـراء ونطـاقـه .	4
ـ الفصل الأول	الابـراء بوجـه عـــــام .	
ـ المبحث الأول	تعريـف وتمهيـد .	
ـ المطلب الأول	تعـريف الابـــراء .	
ـ الفـرع الأول	معنى الابـراء لغـة واصطـلاحا .	
ـ الفـرع الثاني	تعريف الابراء في القانون المدني	7
	أ ـ تعريف الابراء في القانون المدني الفرنسي	
	ب ـ تعريف الابراء في القوانين العربيـة	13
	1) الابراء في ظل التقنين المدني المصرى القديم	
	2) التعريف بالابراء في القانون المدني المصرى الجديد	14
	3) تعريف الابراء في ظل التشريعـات العربية الأخرى	15
	4) تعريف الابراء في ظل القانون المدني الجزائرى	17
ـ المطلب الثاني	التمييز بين الابراء وما قد يشتبه به من التصرفات القانونية الأخـرى .	
ـ الفـرع الأول	التمييز بين الابراء والصلح	18
ـ الفـرع الثاني	الابراء المدني والابراء التجارى	
ـ الفرع الثالث	الابـراء والتجـديد	20
ـ الفرع الرابـع	الابراء والنزول عن الحق	
المبحث الثانـي	الطبيعة القانونية للابـراء	28
ـ المطلب الأول	طبيعة الابراء في الفقه الاسلامي	29
ـ المطلب الثاني	طبيعة الابراء في القانون المدني	36
ـ الفـرع الأول	الابراء تصرف بإرادة منفردة صادر من جانب واحد	44
ـ الفرع الثـاني	الابراء تصرف على سبيل التبرع .	
ـ المبحث الثالث	أنـواع الابـــــراء	52
المطلب الأول	تقسيم الابراء باعتبـار محلـه .	53

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ـ المطلب الثاني	أنواع الابـراء باعتبـار ذاتـه	55
ـ المطلب الثالث	أنواع الابراء باعتبار ما يطلق عليه	56
ـ المطلب الرابع	أنواع الابراء باعتبـار صيغتـه	57
ـ الفصل الثانـي	نطـــاق الابـــــراء	60
المبحث الأول	ما لا يقبل الابـراء من الحقـوق	61
ـ المطلب الأول	الحقـوق الخاصـة لله تعالـــى	
ـ المطلب الثاني	الابراء والنزول عن الحق قبل وجـوده	63
ـ المطلب الثالث	مدى حق جواز تنازل العامل عن حقـوقـه	70
ـ المطلب الرابع	الابـراء من الأعيـان	75
ـ الفـرع الأول	الابراء من الأعيان في الفقه الاسـلامي	
ـ الفـرع الثاني	الابـراء من الأعيان في القانون المدني	77
ـ المبحث الثاني	الحقـوق التي يجـوز فيها الابـراء	84
ـ المطلب الأول	الابـراء من الحقـوق العائليـة .	
ـ الفـرع الأول	اسقاط المرضعة حقها في أجـرة الرضـاع	
ـ الفـرع الثاني	الابـراء من النفقـة الزوجيـة .	87
	1) الابـراء من نفقـة مستقبلـة	89
	2) الابـراء من نفقـة ماضيـــة	91
ـ الفرع الثالث	الابـــراء مـــن المهـــر .	92
ـ المطلب الثاني	الابـراء من الحقـوق المـاليـة	96
ـ الفـرع الأول	الابـراء من رأس مـال السلـــم	97
ـ الفـرع الثاني	ابـراء الدائن للمدين المحجور عليـه	99
ـ الفرع الثالث	ابـــراء المريـض مرض الموت	102
	1) الابراء في مرض الموت ابـراء اسقـاط	
	2) الابراء في مرض الموت ابـراء استيفـاء	105
ـ الفرع الرابع	ابـراء الميـت من ديـن كان عليـه	106
ـ الفرع الخامس	ابـراء المحـال عليـه	108
الفرع السادس	ابـراء الوصي والوكيـل	116

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

	1) ابـــــراء الوصي	
	2) ابـــــراء الوكيل	119
ـ الفرع السابع	ابـــــراء البائع للمشترى من الثمن	124
ـ الباب الثاني	شـــروط الابـــراء وأحكـــامه	129
ـ الفصل الأول	شـــــروط الابـــــراء	
ـ المبحث الأول	شروط الابـــراء في الفقـــه الاســـلامي	
ـ المطلب الأول	شـــــروط المبـــــرئ	
ـ المطلب الثاني	شـــــروط المبـــــرأ	131
ـ المطلب الثالث	شـــروط الحق المبـــرأ منـــه	133
المبحث الثاني	شـــروط الابـــراء في القانون المدني	134
المطلب الأول	الشـــروط الموضوعيـــة للابـــراء	135
الفـــرع الأول	أركـــان الابـــــراء	136
	1) الرضـــــــا	
	2) المحـــــــل	137
	3) السبـــــــب	138
الفرع الثاني	شـــروط صحـــة الابـــراء	140
	1) عدم اشتراط أى شكل خاص للابـــــراء	
	2) أهلية الدائن الذى يقوم بإبـــراء مدينـــه	144
	أ ـ الابراء الصادر من الصبي غير المميـــز	147
	ب ـ الابراء الصادر من المجنون والمعتوه والسفيه	148
	جـ ـ الابراء الصادر من الصبي المميز ومن في حكمـــه	150
ـ الفرع الثالث	خلـــو ارادة الدائـــن المبرئ من عيـــوب الرضـــا	151
ـ المبحث الثالث	الابراء الموصـــوف أو المقيـــد بالشـــرط	
ـ المطلب الأول	الابـــــــراء الموصـــوف	152
ـ المطلب الثاني	الابـــــراء المقيـــد بالشـــرط	155
ـ المبحث الرابـــع	صيغـــة الابـــراء وطريقـــة اثبـــاتـــه	156

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- المطلب الأول	صيغة الابراء	
- الفرع الأول	الصيغ المختلفة للابراء	157
	1) في الشريعة الاسلامية	160
	2) في القانون المدني	161
- المطلب الثاني	طريقة اثبات الابراء	164
- الفرع الأول	اثبات الابراء في القانون المدني الفرنسي	165
- الفرع الثاني	اثبات الابراء في القانون المدني الجزائرى	166
- الفصل الثاني	أحكام الابراء	169
- المبحث الأول	أحكام الابراء في الفقه الاسلامي	170
- المطلب الأول	نظرة الفقه الاسلامي الى انقضاء الالتزام بالابراء	
	1) عند الحنفية	171
	2) عند جمهور الفقهاء	172
- المطلب الثاني	الابراء من بعض الدين	175
- المطلب الثالث	الموازنة بين الابراء والاسقاط	176
المبحث الثاني	أحكام الابراء في القانون المدني	
- المطلب الأول	ما يترتب على انقضاء الالتزام بالابراء	177
- المطلب الثاني	الابراء من التضامن	181
- الفرع الأول	الابراء من التضامن الايجابي	
- الفرع الثاني	الابراء من التضامن السلبي	183
- المطلب الثالث	انقضاء توابع الالتزام	188
- الفرع الأول	فوائد الدين	
- المطلب الرابع	انقضاء تأمينات الدين بأنواعها	190
- الفرع الأول	انقضاء التأمينات الشخصية	192
	1) انقضاء الكفالة بصفة تبعية في الفقه الاسلامي	193
	2) انقضاء الكفالة بصفة أصلية في الفقة الاسلامي	195
	3) الابراء من الكفالة في القانون المدني الجزائرى	196
	أ - ابراء الدائن للمدين	197
	ب - ابراء الدائن للكفيل	198

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

4) الأسباب الأخرى التي تؤدى الى ابراء الكفيل أيضا 200

أ - براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطإه من الضمانات

1) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم 201

2) الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل

3) نوع الخطأ الذى يرتكبه الدائن

4) الضمانات التي يضيعها الدائن بخطإه

5) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل 204

ب - عدم اتخاذ الدائن للاجراءات ضد المدين وبراءة ذمة الكفيل . 205

جـ - عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين 207

- الفرع الثاني انقضاء التأمينات العينية 209

1) الرهن الرسمي

2) انقضاء الرهن الحيازى 216

3) انقضاء حق الاختصاص 218

4) انقضاء الامتياز 219

المطلب الخامس سريان الأحكام الموضوعية للتبرعات على الابراء 221

- الفرع الأول رفض الابراء أو رده .

- الفرع الثاني الطعن في الرفض بالدعوى البولصية 224

1) الابراء الصادر من الدائن 226

2) رفض المدين للابراء

- الفرع الثالث حق الرجوع في الابراء 228

- الخاتمة 231

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
6	16	العدليلا	العدلية
8	2	صورة	صور
8	5	الصورة	الصور
17	23	يتسن	يتشن
21	7		
22	5	راسحي	رسمي
31	3	ما	مما
32	19	مه	منة
38	10	القواعد	للقواعد
39	6	مخضا	محضا
39	8	الا	الى
41	5	قانوني	قانون
42	9	هذا	هذه
33	3	وبها	بها
43	27	468	68
46	15	سلطات	سلطان
46	26	الحق	حق
49	3	فاذم	فاذا
51	14	المدى	المدين
52	21	أو	أما
55	01	عنه	منه
56	11	مطا آية	مطالبته
67	24	أو العينين	أبو العينين
74	7	قرره	قررت
76	11	فتظل	تظل
79	8	لا براء	لاثراء
79	9	وان	أوإن
84	15	ابن حنيفة	أبو حنيفة
85	24	4	5
87	3	نستطع	نستطيع

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
89	6	عقد	عقدية
93	25	هبة	هبته
98	11	على حالة	على حاله
98	7	المعلم اليه	المسلم اليه
100	13	على الدين	على المدين
101	14	الجزاء	الجزء
104	8	يعد	تعد
106	10	بتراث	عبرت
106	14	وكان من التبرع	وكان من أهل التبرع
114	14	بغيير	بغير
116	1	المصطلاح	المصطلح
119	16	الزيارة	الزيادة
120	25	أنظو	أنظر
124	26	السابص	السابق
124	22	المعقدين	المتعاقدين
137	13	ومن وكل	ومن كل
140		الاسراء	الا براء
144	10	تدون	بدون
147	25	يتعبر	يعتبر
148	27	القديرية	التقديرية
148	6	المعتوه	المعتوه
148	15	قد عبرعدم	قد عبرعن عدم
150	18	عبرت	عيوب
160	5	سكوت لمجرد	السكوت المجرد
160	7	يستبات	يستياش
162	1	ينبني	لاينبني
165	8	من الدين	من المدين
171	6	يرد	يرده
172	1	الدين	المدين
172	11	القبض	بالقبض

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
172	16	وهـــذا	هـــذا
179	21	ولم يتمثل	ولم يمتثل
179	22	حكمـــه	حكـــم
180	12	بتعهـد	يتعهـد
181	12	الطرفي المتعددة	الطرفي المتعدد
185			
219	15	يرتـد	لا يـرتـد
225	9	يـرتد	لا يـرتـد
229	13	لود هـا	لوحـد هـا
230	13	بـد وري	بـد لا

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit